



UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM DIREITO
PROCESSUAL

ALINE SIMONELLI MOREIRA

ESTRUTURAÇÃO ADMINISTRATIVA DA CONTRATAÇÃO DE
CONCILIADORES E MEDIADORES JUDICIAIS

VITÓRIA
2019

ALINE SIMONELLI MOREIRA

**ESTRUTURAÇÃO ADMINISTRATIVA DA CONTRATAÇÃO DE
CONCILIADORES E MEDIADORES JUDICIAIS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Processual.

Orientador: Prof. Dr. Claudio Penedo Madureira.

VITÓRIA

2019

ALINE SIMONELLI MOREIRA

ESTRUTURAÇÃO ADMINISTRATIVA DA CONTRATAÇÃO DE CONCILIADORES E MEDIADORES JUDICIAIS

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito na área de concentração Direito Processual.

Aprovada em 22 de maio de 2019.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Doutor Claudio Penedo Madureira –
Universidade Federal do Espírito Santo
Orientador

Prof.^a. Dra. Trícia Navarro Xavier Cabral
Universidade Federal do Espírito Santo
Membro Interno

Prof^o Dr. Rodrigo Francisco de Paula
Faculdade de Direito de Vitória
Membro Externo

AGRADECIMENTOS

A Deus, pois ele me sonda. Por toda a sua providência nos momentos em que mais precisei.

Aos meus amados pais, Domingas e Armando, que me apoiaram de todas as formas, me dando carinho, afeto, momentos de descontração e sábios conselhos.

A minha irmã, Amanda, que nessa etapa me ajudou a ser mais auto compreensiva.

Ao Prof. Dr. Cláudio Penedo Madureira, por sua dedicação incansável e verdadeira orientação e seriedade profissional. Obrigada por transmitir tanto conhecimento, além do encorajamento constante.

A toda a equipe do Programa de Pós-Graduação em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo, em especial à Prof.^a Dr.^a Adriana Campos, e à Adriele Coelho e ao Fernando Nascimento, pelo acolhimento de sempre e pela nítida contribuição pela evolução continuada de todo o programa.

Ao meu colega Danilo Ribeiro, por vivenciar comigo de forma tão intensa toda essa etapa, desde os estudos iniciais, dia-a-dia em sala de aula, sugestões de textos, empréstimos de livros e mensagens de força.

A minha “jurista moderna” predileta, Anne Lacerda de Brito, por ser aquela amiga completa. Só tenho a agradecer por ser essa grande amiga, advogada e sócia, por suportar minhas ausências no escritório e pelo cuidado gratuito de sempre.

A essa jornada, que contribuiu para meu amadurecimento muito mais que acadêmico e profissional, me tornando uma pessoa centrada mesmo diante de tantos desafios.

RESUMO

A proposta deste trabalho envolve o debate acerca da estruturação administrativa da contratação de conciliadores e mediadores judiciais, para superar as dificuldades enfrentadas pelos Tribunais para disponibilizá-los aos jurisdicionados em número suficiente e com a qualificação necessária. Em específico, procurar-se-á discutir abordagens sobre como contratar, quem contratar como remunerar e como custear, desenvolvendo a modelagem adequada para contratação desses profissionais. Sendo assim, a questão que se coloca neste ponto, sobretudo quando se tem em vista que os Tribunais Brasileiros (como, de resto, toda a Administração Pública) enfrentam problemas financeiros e de limites de gastos com pessoal, previstos pela Lei Complementar 101/00, que os impedem de contratar servidores públicos efetivos para compor quadro próprio de conciliadores e mediadores (CPC/15), é se é possível identificar, a partir do ordenamento jurídico-positivo brasileiro alternativas que possibilitem a contratação de conciliadores e mediadores judiciais mesmo diante desse quadro.

Palavras-chave: Contenção de litigiosidade. Conciliadores. Mediadores. Estruturação administrativa. Terceirização. Contratação direta.

ABSTRACT:

The abovementioned decision on conciliation and judicial mediation relations, in order to obtain the necessary legal and judicial restrictions on the provision of legal services. Specifically, the aim is to discuss how to hire, who to hire as remuneration and how to fund, developing a suitable model for the hiring of professionals. Thus, the Brazilian courts, as well as the entire public administration, face financial problems and limits of personnel expenses, the regulations of Law 101/2000, which should prevent public utilities from being used to compose the conciliators and mediators (CPC/15), is it possible to identify a national substitute and a possibility of hiring conciliators and mediators from a positive legal framework.

Keywords: Contention of litigation. Conciliators. Mediators. Administrative structuring. Outsourcing. Direct contracting.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

§ - Parágrafo

§§ - Parágrafos

Art. - Artigo

Arts. - Artigos

CC/02 - Código Civil de 2002

CC/16 – Código Civil de 1916

CCMJ - Cadastro Nacional de Mediadores Judiciais e Conciliadores

CDC – Código de Defesa do Consumidor

CNJ - Conselho Nacional de Justiça

CPC/15 - Código de Processo Civil de 2015

CR/88 - Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

EC 19/98 - Emenda Constitucional número 19 de 1998

LINB – Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro

MEC – Ministério de Educação e Cultura

Nº - Número

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
1 ACESSO À JUSTIÇA TRIBUNAL MULTIPORTAS.....	09
1.1 ACESSO AO PODER JUDICIÁRIO OU ACESSO A UMA ORDEM JURÍDICA JUSTA?.....	10
1.2 A GÊNESE DO TRIBUNAL MULTIPORTAS.....	11
1.3 OPÇÃO DO DIREITO BRASILEIRO: A SENTENÇA COMO APENAS UM DOS CAMINHOS DISPONÍVEIS.....	15
1.3.1 Heterocomposição.....	17
1.3.1.1 Jurisdição estatal.....	17
1.3.1.2 Arbitragem.....	18
1.3.2 Autocomposição.....	21
1.3.2.1 Conciliação.....	23
1.3.2.2 Mediação.....	25
2 AUTOCOMPOSIÇÃO COMO ANTÍDOTO AO PROBLEMA "MOROSIDADE DA JUSTIÇA".....	27
2.1 A LITIGIOSIDADE DOS CONTENDORES COMO CAUSA.....	28
2.2 A CONTENÇÃO DA LITIGIOSIDADE COMO SOLUÇÃO.....	30
2.2.1 Boa-fé	31
2.2.2 Cooperação.....	32
2.2.2.1 Cooperação entre as partes e o juiz	33
2.2.2.2 Cooperação das partes entre si.....	36
2.2.3 Autocomposição.....	39
3 CONCILIADORES E MEDIADORES JUDICIAIS	44
3.1 MODELOS DE CONTRATAÇÃO PROPOSTO PELO CPC/15.....	44
3.1.1 Servidores efetivos.....	45
3.1.2 Terceirização.....	49
3.1.2.1 Cadastro de Conciliadores e Mediadores Judiciais.....	49
3.1.2.2 Conciliadores e Mediadores indicados pelas partes.....	52
3.2 O PROBLEMA DO CUSTEIO DAS CONTRATAÇÕES.....	58
3.2.1 Ausência de Recursos Financeiros	58
3.2.2 Vedações de gastos impostos pela lei de responsabilidade fiscal	59

3.3 OBRIGATORIEDADE DA TERCEIRIZAÇÃO PARA OS TRIBUNAIS COM DIFICULDADES EM ATENDER OS LIMITES DE GASTOS COM PESSOAL IMPOSTOS PELA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL	61
4 ESTRUTURAÇÃO ADMINISTRATIVA DA CONTRATAÇÃO DE CONCILIADORES E MEDIADORES JUDICIAIS	62
4.1 REQUISITOS GERAIS DE FORMAÇÃO ACADÊMICA, CAPACITAÇÃO PROFISSIONAL E CADASTRO.....	73
4.2 FORMALIDADES DE CONTRATAÇÃO.....	95
4.2.1 Servidores Públicos: Instituição de quadro próprio de conciliadores e mediadores judiciais e prévia realização de concurso público.....	95
4.2.2 Terceirizados.....	95
4.2.2.1 Conciliadores e Mediadores Cadastrados: contratação direta na modalidade de credenciamento	96
4.2.2.2 Conciliadores e Mediadores indicados pelas partes: contratação direta por inexigibilidade de licitação	102
4.3 FORMA DE REMUNERAÇÃO.....	103
4.3.1 Servidores Públicos: pagamentos de vencimentos/subsídios.....	106
4.3.2 Conciliadores e Mediadores Terceirizados: remuneração por ato realizado conforme tabelas fixadas pelos tribunais.....	107
4.3.3 Conciliadores e mediadores indicados pelas partes: tabela ou negócio jurídico processual.....	107
4.4 ORIGEM DOS RECURSOS EMPREGADOS	108
4.4.1 Orçamento.....	108
4.4.2 Custeio da atividade pelas partes.....	108
4.4.2.1 Instituição de despesa processual específica.....	110
4.4.2.2 Utilização do regime de custas.....	112
4.4.2.3 Custeio da atividade em processos com hipossuficientes.....	113
CONCLUSÃO.....	115

INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico-positivo brasileiro assimila, a partir da edição do CPC/15, importante mudança de rumos marcada pela opção do legislador por incentivar a utilização do método autocompositivo para a resolução de conflitos judiciais, mediante emprego, como técnica, da mediação e da conciliação. Trata-se, com efeito, de modificação legislativa que pode contribuir para a mitigação do que em doutrina se convencionou chamar, problema da morosidade da justiça, que resulta das dificuldades encontradas pelo Poder Judiciário para dar conta das demandas que lhe são submetidas pelos jurisdicionados.

Todavia, percebe-se, por observação empírica¹, que o Poder Judiciário enfrenta dificuldades para disponibilizar aos jurisdicionados conciliadores e mediadores judiciais em número suficiente e com a qualificação necessária².

A questão que se coloca, nesse ponto, sobretudo quando se tem em vista que os tribunais brasileiros (como, de resto, toda a Administração Pública) enfrenta problemas financeiros e de limite com gastos com pessoal previstos na Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/00) que os impedem se contratar servidores públicos efetivos para compor quadro próprio de conciliadores e mediadores (art. 167, §6º do CPC/15), é se é possível identificar, a partir do ordenamento jurídico-positivo brasileiro, alternativas que possibilitem a contratação de conciliadores e mediadores judiciais mesmo diante desse quadro.

Disso resulta a necessidade de se identificar quem se procura contratar, como são remunerados, de que modo custear, desenvolvendo, no plano da ciência, a modelagem adequada para contratação dos mediadores e conciliadores judiciais. Para tanto, o estudo será dividido em quatro capítulos.

¹ ESPÍRITO SANTO. *2º Relatório Trimestral da Ouvidoria do Tribunal de Justiça do Espírito Santo*: referente ao BIÊNIO 2018/2019 (de 01/10/2018 a 31/12/2018) Disponível em: <http://www.tjes.jus.br/wp-content/uploads/2%C2%BA_Relat%C3%B3rio_Estat%C3%ADstico_Trimestral_-_bi%C3%AAnio_2018_-_2019.pdf> Acesso em: 29 de abril de 2019.

O primeiro capítulo propõe a utilização do Tribunal Multiportas como tecnologia adequada à resolução do problema do acesso à justiça, de modo a demonstrar que o acesso a uma ordem jurídica justa não necessariamente precisa ser buscado em uma decisão judicial.

O segundo capítulo será dedicado a abordar a autocomposição como possível solução para o problema da morosidade da justiça. Parte-se da ideia de que o problema da litigiosidade das partes é causa e de que, por isso sua contenção da litigiosidade, pode ser apresentada como solução, em especial quando se tem em vista a opção do CPC/15, que orienta essa reflexão evidenciada pela boa-fé processual, cooperação e pela autocomposição,

No terceiro capítulo procurar-se-á descrever as modelagens de contratação de conciliadores e mediadores judiciais propostas pelo CPC/15, quais sejam, servidores efetivos concursados para compor quadro próprio (art. 167, §6º) ou terceirização de conciliadores e mediadores para compor o cadastro dos tribunais (art. 167, §3º) ou indicados pelas partes (art. 168). Também se entrará em considerações sobre o problema do custeio da autocomposição, relacionado à ausência de recursos financeiros e das vedações de gastos impostas pela Lei Complementar 101/2000, de modo a investigar alternativas que estão abertas aos tribunais com dificuldades em atender os limites de gasto com pessoal impostos por essa lei.

No quarto capítulo se procurará descrever a modelagem para a estruturação administrativa da contratação de conciliadores e mediadores judiciais, com a identificação dos critérios para sua formação e capacitação, dos requisitos aplicáveis à sua contratação, das formalidades da contratação e dos recursos que podem ser empregados.

A discussão proposta é relevante porque procura solucionar, no plano da ciência, mediante emprego de elementos jurídico-normativos, problema detectado no campo da aplicação do Direito consistente às dificuldades encontradas pelos Tribunais Brasileiros para disponibilizar aos jurisdicionados conciliadores e mediadores em número suficiente e com a qualificação adequada, sendo possível afirmar que a presente pesquisa se adequa à área de concentração de Justiça, Processo e Constituição e a linha de pesquisa de Processo, Técnicas e Tutelas dos Direitos Existenciais e Patrimoniais.

1 ACESSO À JUSTIÇA E AO TRIBUNAL MULTIPORTAS

Com o fortalecimento do Estado Democrático de Direito, a partir da edição da Constituição da República (CR) de 1988, a perspectiva de proteção estatal ampliou-se para além dos direitos civis e políticos, passando a reconhecer, em especial, os direitos sociais, econômicos e culturais³. O devido processo legal passou a ter pela primeira vez sua menção expressa⁴, estando previsto dentro do rol de direitos fundamentais, tendo a Constituição dado real destaque ao acesso à justiça (artigo 5º, XXXV e LIV da Constituição da República de 1988).

Como consequência da previsão de um amplo conjunto de direitos positivados, expandiu-se o tema para uma maior busca por sua efetivação, tendendo-se a promover um maior acesso ao Judiciário com o propósito de incentivo à solução do conflito. Contudo, este fato contribuiu para um aumento de demandas direcionadas à solução jurisdicional, gerando uma efetiva insatisfação das partes em face da pouca eficiência do sistema Judiciário, que se dá por diversas razões, tais como o tempo prolongado dos processos, a falta de estrutura do Judiciário, a ausência de decisões satisfatórias, por meio da utilização quase exclusiva do meio adjudicatório para a solução de conflitos entre as partes, “vale dizer, solução dada autoritariamente, por meio de sentença, pela autoridade estatal, que é o juiz”⁵, a falta de cooperação processual das partes, dos juízes e auxiliares da justiça com o processo e as escassas tentativas de resolução consensual de conflitos.

Nada obstante, com a promulgação e entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, bem como da Lei 13.140 de 2015, foi possível observar um estímulo jurídico aos métodos consensuais de resolução de conflitos, especialmente no que se reportam à autocomposição,

³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. A garantia Fundamental do Devido Processo Legal e o Exercício do Poder de Cautela no Direito Processual Civil. Revista dos Tribunais | vol. 665/1991 | p. 11 - 22 | Mar / 1991. Doutrinas Essenciais de Processo Civil | vol. 5 | p. 1027 - 1047 | Out / 2011.

⁴ Sobre a evolução das previsões constitucionais do princípio do Devido Processo Legal, Humberto Theodoro Júnior situa que sua previsão expressa só ocorreu com o advento da Constituição da República de 1988. (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *A garantia Fundamental do Devido Processo Legal e o Exercício do Poder de Cautela no Direito Processual Civil*. Revista dos Tribunais | vol. 665/1991 | p. 11 - 22 | Mar / 1991 Doutrinas Essenciais de Processo Civil | vol. 5 | p. 1027 - 1047 | Out / 2011 DTR\1991\38. Disponível em: <https://revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b000001651705a0f63efe3739&docguid=I03902cd0f25011dfab6f010000000000&hitguid=I03902cd0f25011dfab6f010000000000&spos=13&epos=13&td=796&context=40&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1#> Acesso em: 07 de julho de 2018.

⁵ WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e meios consensuais de solução de conflitos. In: ALMEIDA, Rafael Alves de; Almeida, Tania; CRESPO, Mariana Hernandez [Org.]. *Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV, 2012.p. 87

tendo em vista, antes destes regramentos apenas a Resolução 125 de 2010 do CNJ dispunha sobre o tema, sendo possível desde logo asseverar que a passagem da cultura do litígio para a cultura do diálogo⁶ se fortaleceu com a positivação das regras e princípios que visam a incentivar a autocomposição, a fim de permitir um efetivo acesso à ordem jurídica justa.

1.1 ACESSO AO PODER JUDICIÁRIO OU ACESSO A UMA ORDEM JURÍDICA JUSTA?

O princípio do acesso à justiça se encontra presente nas constituições brasileiras desde a Carta de 1946⁷. A Constituição da República de 1988 apresenta a seguinte descrição do princípio no artigo 5º inciso XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Tal dispositivo tanto estabelece uma vedação evidente ao legislador ordinário, quanto apresenta a natureza hermenêutica do preceito, a qual fundamenta regras jurídicas do direito processual.⁸

Sendo o acesso à justiça um princípio constitucional, mostra-se necessário fundamentar o pressuposto de que este preceito não determina o atendimento do jurisdicionado pelo Poder Judiciário como única forma de acesso a uma ordem jurídica justa.

O atendimento do jurisdicionado pelo Poder Judiciário não deve ser a única forma de acesso à justiça, tendo em vista outras formas que não à judicial proporcionarem inúmeros benefícios ao Estado e ao cidadão, com especial atenção à adequação que os mecanismos não adversariais e extra estatais são capazes de proporcionar à solução da controvérsia, procedendo na satisfação do jurisdicionado e na restauração da convivência social entre os envolvidos no conflito, tendo ainda, como efeitos reflexos, a facilitação da execução, a execução imediata das medidas adotadas, a possibilidade de diminuição de demandas judiciais com o advento de uma cultura de pacificação a ser estimulada na sociedade que poderia atingir positivamente a coletividade.

⁶ A propósito, conf.: MADUREIRA, Claudio. *Fundamentos do Novo Processo Civil Brasileiro: o processo civil do formalismo-valorativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 32-45.

⁷ BEZERRA, Paulo César Santos. *Acesso à justiça: um problema ético-social no plano da realização do direito*, Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 90.

⁸ BEZERRA, Paulo César Santos. *Acesso à justiça: um problema ético-social no plano da realização do direito*, Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 95.

De acordo com Cappelletti e Garth⁹, o acesso à justiça vivenciou três fases. A primeira se caracterizou pela assistência judiciária, evidentemente inserida no artigo 5º, inciso LXXIV, da Constituição da República.

A segunda fase, entendida por André Ramos Tavares¹⁰ pela inafastabilidade da jurisdição ou o direito de ação, caracterizada pela ampliação do acesso ao Judiciário aos interesses difusos.

E a terceira evidenciada pela remoção dos obstáculos que existentes ao pleno acesso à justiça, não mais com o enfoque único no acesso ao Poder Judiciário, mas, sobretudo, à promoção de condições de acesso a uma ordem jurídica justa, ou seja, o Estado deve promover aos indivíduos não apenas os serviços processuais como também, e com grande ênfase, os serviços de solução dos conflitos pelos mecanismos alternativos à solução adjudicada por meio de sentença, em especial dos meios consensuais. Logo, o que se pretende nessa nova fase é a “participação decisiva de ambas as partes na busca do resultado que satisfaça seus interesses, o que preservará o relacionamento delas, propiciando a justiça coexistencial.”¹¹

1.2 A GÊNESE DO TRIBUNAL MULTIORTAS

Frank Sander, professor de Havard, “em 1976, lançou o documento de sua autoria denominado *Varieties of dispute processing* (Variedades do processamento de conflitos), na Pound Conference, onde difundiu o conceito do Tribunal Multiortas – modelo multifacetado de resolução de conflitos(...)”¹² em que pese esse não ter sido o nome original conferido pelo autor.¹³

⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 135.

¹⁰ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Saraiva. 2017, p. 84-92.

¹¹ WATANABE, Kazuo. *Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesse*. Brasília: CNJ, 2011. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/programas/movimento-pela-conciliacao/arquivos/cnj_portal_artigo_%20prof_%20kazuo_politicas_%20publicas.pdf> Acesso em: 28 de março de 2019. p.3.

¹² ALMEIDA, Rafael Alves de; Almeida, Tania; CRESPO, Mariana Hernandez [Org.]. Diálogo entre os professores Frank Sander e Mariana Hernandez Crespo: explorando a evolução do Tribunal Multiortas. In: ALMEIDA, Rafael Alves de; Almeida, Tania; CRESPO, Mariana Hernandez [Org.]. *Tribunal Multiortas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil*. 2012. p. 27.

¹³ O nome original proposto por Frank Sander era “centro abrangente de justiça”, que foi modificado pela revista American Bar Association para “Tribunal Multiortas” para tornar mais fácil a assimilação pelos leitores. Sobre essas explicações sugere-se a leitura de: ALMEIDA, Rafael Alves de; Almeida, Tania; CRESPO, Mariana Hernandez [Org.]. Diálogo entre os professores Frank Sander e Mariana Hernandez Crespo: explorando a evolução do Tribunal Multiortas. In: ALMEIDA, Rafael Alves de; Almeida, Tania; CRESPO, Mariana

Sander procurou identificar as diferentes formas que as partes podem buscar para solucionar seus conflitos destacando aquelas que seriam as adequadas para a solução desses, conforme aponta a seguinte passagem doutrinária:

A ideia inicial é examinar as diferentes formas de resolução de conflitos: mediação, arbitragem, negociação, ‘med-arb’ (combinação de mediação e arbitragem). Procurei observar cada um dos diferentes processos, para ver se poderíamos encontrar algum tipo de taxonomia para aplicar aos conflitos, e que portas seriam adequadas a quais conflitos. Venho trabalhando nessa questão desde 1976, porque na verdade o Tribunal Multiportas é uma simples ideia, cuja execução não é simples, porque decidir que casos devem ir para qual porta não é uma tarefa simples.¹⁴

Sander, em diálogo com Crespo¹⁵, ao ser indagado sobre se o Tribunal era o local mais adequado para criação do Tribunal Multiportas, respondeu que “o tribunal é o lugar onde os casos estão, portanto nada mais natural do que fazer dos tribunais uma das portas do Tribunal Multiportas”¹⁶, e acrescentou que nada impede de que outros métodos estejam em locais diversos, ao explicar que “pode acontecer de o Tribunal estar aqui, e os outros processos (arbitragem, mediação etc.) estarem lá; não existe nada (no método) que possa evitar esse fato.”¹⁷

Crespo, por sua vez afirma que “ao mesmo tempo que é feita a promoção dos métodos alternativos privados, existe uma tendência a vincular os métodos alternativos aos tribunais latino-americanos”; ressaltando, contudo, a falta de debate “sobre os prós e os contras de um método alternativo vinculado aos tribunais”.¹⁸

Hernandez [Org.]. *Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV, 2012.p. 32.

¹⁴ ALMEIDA, Rafael Alves de; Almeida, Tania; CRESPO, Mariana Hernandez. Diálogo entre os professores Frank Sander e Mariana Hernandez Crespo: explorando a evolução do Tribunal Multiportas. In: ALMEIDA, Rafael Alves de; Almeida, Tania; CRESPO, Mariana Hernandez [Org.]. *Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV, 2012.p. 32

¹⁵ ALMEIDA, Rafael Alves de; Almeida, Tania; CRESPO, Mariana Hernandez. Diálogo entre os professores Frank Sander e Mariana Hernandez Crespo: explorando a evolução do Tribunal Multiportas. In: ALMEIDA, Rafael Alves de; Almeida, Tania; CRESPO, Mariana Hernandez [Org.]. *Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV, 2012.p. 32

¹⁶ALMEIDA, Rafael Alves de; Almeida, Tania; CRESPO, Mariana Hernandez. Diálogo entre os professores Frank Sander e Mariana Hernandez Crespo: explorando a evolução do Tribunal Multiportas. In: ALMEIDA, Rafael Alves de; Almeida, Tania; CRESPO, Mariana Hernandez [Org.]. *Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV, 2012.p. 33.

¹⁷ALMEIDA, Rafael Alves de; Almeida, Tania; CRESPO, Mariana Hernandez. Diálogo entre os professores Frank Sander e Mariana Hernandez Crespo: explorando a evolução do Tribunal Multiportas. In: ALMEIDA, Rafael Alves de; Almeida, Tania; CRESPO, Mariana Hernandez. *Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV, 2012.p. 33.

¹⁸ CRESPO, Mariana Hernandez. Perspectiva sistêmica dos métodos alternativos de resolução de conflitos na América Latina: aprimorando a sombra da lei através da participação do cidadão. In: ALMEIDA, Rafael Alves

O Tribunal Multiportas oferta uma gama de formas de resolução de controvérsias, seja através de um método de autocomposição de conflito, como a negociação, conciliação e mediação ou heterocomposição, seja através de métodos heterocompositivos como a arbitragem e jurisdição. Por isso ele é efetivo, já que “direciona as partes para o fórum mais apropriado para a resolução de seus conflitos, ampliando, de maneira geral, o nível de satisfação com o resultado e aumentando a probabilidade de implementação;”¹⁹ ele é, ainda, funcional na medida em que tira a exclusividade do Poder Judiciário na resolução das lides, “para liberar o Judiciário de ações que são mais apropriadas aos métodos alternativos de resolução de conflitos”²⁰, e também é “eficiente, porque permite que as partes cheguem a uma solução relativamente barata e rápida.”²¹

Destaca-se que o Tribunal Multiportas não apenas se destina a complementar a via jurisdicional, como também se apresenta como uma clara opção de política pública voltada a priorização do diálogo e da satisfação da parte. Essa opção política é extraída de diversas normas que regem sobre o assunto.

A Resolução 125 de 2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que enuncia a Política Judiciária Nacional para atribuição de tratamento adequado aos conflitos judiciais, com o propósito de atender, de forma específica e direcionada, a necessidade do jurisdicionado, apresentando soluções mais direcionadas e eficazes aos conflitos apresentados ao Judiciário.

Com a implementação da Resolução 125/10 do CNJ, institucionalizou-se no Brasil a Justiça Multiportas, “que significa perceber as particularidades de cada caso e as potencialidades de

de; Almeida, Tania; CRESPO, Mariana Hernandez. *Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV, 2012. p. 62.

¹⁹ CRESPO, Mariana Hernandez. Perspectiva sistêmica dos métodos alternativos de resolução de conflitos na América Latina: aprimorando a sombra da lei através da participação do cidadão. In: ALMEIDA, Rafael Alves de; Almeida, Tania; CRESPO, Mariana Hernandez. *Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV, 2012. p. 81

²⁰ CRESPO, Mariana Hernandez. Perspectiva sistêmica dos métodos alternativos de resolução de conflitos na América Latina: aprimorando a sombra da lei através da participação do cidadão. In: ALMEIDA, Rafael Alves de; Almeida, Tania; CRESPO, Mariana Hernandez. *Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV, 2012. p. 81

²¹ CRESPO, Mariana Hernandez. Perspectiva sistêmica dos métodos alternativos de resolução de conflitos na América Latina: aprimorando a sombra da lei através da participação do cidadão. In: ALMEIDA, Rafael Alves de; Almeida, Tania; CRESPO, Mariana Hernandez. *Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV, 2012. p. 81.

cada técnica e meio,”²² promovendo um atendimento amplo, com vários tipos de procedimentos, aos quais as partes são direcionadas de acordo com a particularidade de seu conflito à forma mais eficaz de solucioná-lo.

Portanto, a Justiça Multiportas, no Brasil, inicia-se a partir do Poder Judiciário. Idealizada por Sander²³, é uma instituição inovadora, que direciona os processos que chegam a um tribunal para os mais apropriados métodos de resolução de conflitos, economizando tempo e recursos financeiros tanto para os tribunais quanto para os participantes ou litigantes²⁴.

A ideia que lhe é subjacente é oportunizar às partes outros de meios de solução de controvérsias, com a possibilidade de se optar pela solução mais adequada ao caso concreto.

Neste sentido afirmara Cezar Peluso, que, à época, Presidente do STF e do CNJ, manifestou-se sobre o Programa da Autocomposição aprovado pela Resolução 125 de 2010 pelo CNJ, explicitando dois objetivos básicos do Programa, quais sejam: “prevenir e chegar a uma solução rápida para os litígios do que ter que recorrer, sempre, a um Judiciário cada vez mais sobrecarregado, ou de perpetuar nele, de certo modo, reflexos processuais de desavenças que tendem a multiplicar-se, senão a frustrar expectativas legítimas”²⁵, bem como ofertar “instrumentos de apoio aos tribunais para a instalação de núcleos de conciliação e mediação, que certamente terão forte impacto sobre a quantidade excessiva de processos apresentados àquelas cortes.”²⁶

1.3 OPÇÃO DO DIREITO BRASILEIRO: A SENTENÇA COMO APENAS UM DOS CAMINHOS DISPONÍVEIS

²² LESSA NETO, João Luiz. O Novo CPC adotou o modelo multiportas! E agora?!. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 23, n. 92, out./dez. 2015. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=239219>>. Acesso em: 14 jul. 2018, p. 1.

²³ Dr. Frank Sander, idealizador do conceito de Tribunal Multiportas e professor emérito da Faculdade de Direito de Harvard. Sander apresentou primeiramente o conceito de Tribunal Multiportas, em 1976, na Pound Conference, a convite do presidente da Suprema Corte dos Estados Unidos, Warren Burger.

²⁴ ALMEIDA, Rafael Alves. ALMEIDA, Tania. CRESPO, Mariana Hernandez. *Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil* – Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012.

²⁵ PELUSO, Cezar. Abertura do Seminário “*Mediação e Conciliação*” na Fundação Armando Alvares Penteado em São Paulo. *Revista de Arbitragem e Mediação* | vol. 30/2011 | p. 15 - 18 | Jul - Set / 2011.

²⁶ PELUSO, Cezar. Abertura do Seminário “*Mediação e Conciliação*” na Fundação Armando Alvares Penteado em São Paulo. *Revista de Arbitragem e Mediação* | vol. 30/2011 | p. 15 - 18 | Jul - Set / 2011.

No Brasil, em decorrência do Estado Democrático de Direito, do destaque conferido ao devido processo legal e acesso à justiça na Constituição da República de 1988, e das influências advindas da experiência norte-americana, diversos diplomas contribuíram para a criação de um regramento acerca do Tribunal Multiportas, entre eles, a Lei de Arbitragem 9.307/96, o *II Pacto Republicado de Estado por um sistema de justiça mais acessível, ágil e efetiva* de 13 de abril de 2009, a Resolução do Conselho Nacional do Ministério Público 118/14, a Portaria 16, de 26 de fevereiro de 15, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que institui como diretriz de gestão da Presidência do CNJ no biênio 2015/2016 a potencialização da desjudicialização, o Provimento 67/2018 do CNJ que “dispõe sobre os procedimentos de conciliação e de mediação nos serviços notariais e de registro no Brasil”²⁷, a Resolução 125, o CPC/15, a Lei de Mediação, dentre outros.

Também se observa, já há algum tempo, esforço legislativo em incentivar novas formas de resolução de controvérsias diversas da via judicial tais como: i) o Projeto de Lei 4.827/98²⁸, pioneiro ao buscar formular uma institucionalização da mediação, que, após aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, foi encaminhado ao Senado e passou a receber o i) número 94/02²⁹; ii) o Projeto de Lei 8.058/14³⁰, que trata sobre o processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário e reserva o capítulo IV denominado “Meios Alternativos de Resolução de Controvérsias”; iii) a Proposta de Emenda Constitucional 108/2015, que sugere a inclusão do inciso LXXIX ao artigo 5º da Constituição da República, que trata dos direitos fundamentais, prevendo que “o Estado estimulará a adoção de métodos extrajudiciais de solução de conflitos”³¹

Tendo em vista o atual cenário jurídico buscar a efetividade dos meios de solução de conflitos, com o propósito de promover uma justiça mais adequada, a legitimidade das decisões não mais deve pertencer unicamente à atividade jurisdicional - como ocorria na

²⁷ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3415>. Acesso em 10 de julho de 2018.

²⁸ BRASIL. CÂMARA. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=21158> Acesso em 10 de janeiro de 2019.

²⁹ Sobre as possíveis razões para o arquivamento, conferir em: GORETTI, Ricardo. *Mediação e acesso à justiça*. Salvador: Editora JusPodivm, 2016. p. 186/187.

³⁰ http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?jsessionid=8241B0766B6FE4CBB969558164819FFE.proposicoesWebExterno2?codteor=1283918&filename=PL+8058/2014

³¹ <http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?tipDiario=1&datDiario=07/08/2015&paginaDireta=00248>

época do instrumentalismo processual - não sendo mais justificável a busca única por essa “verdade da decisão jurisdicional” na expectativa de que apenas o magistrado, por meio da sentença, confira a resposta de quem está certo e quem está errado no conflito. Tal resposta deve ser substituída pela efetiva participação das partes no processo. É que, por Kazuo Watanabe, “não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa”.³²

Nesse sentido, Antônio de Passo Cabral e Leonardo Carneiro da Cunha destacam que “não basta que o caso seja julgado, não basta que se termine mais um processo; é preciso que seja conferida uma solução adequada que faça com que as partes saiam satisfeitas com o resultado”,³³ sendo possível afirmar que os métodos de heterocomposição e autocomposição são instrumentos capazes de auferir soluções adequadas às partes, desconfigurando esta dogmática de ser a decisão judicial a única capaz de viabilizar a justiça, conforme se verá nos próximos subtítulos.

Em que pese já existirem no próprio CPC/73 dispositivos que tratavam da conciliação e transação³⁴, na conjuntura desse diploma, ainda não havia se estruturado uma política do Tribunal Multiportas, inexistindo medidas de implementação e busca por métodos adequados de resolução de conflitos. Desta forma, prossegue-se para a descrição dos principais métodos de resolução de conflitos existentes no ordenamento jurídico brasileiro.

³² WATANABE, Kazuo. O acesso à justiça e a sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 128.

³³ CABRAL, Antonio de Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negociação Direta ou resolução colaborativa de disputas (collaborativelaw): “mediação sem mediador”. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (orgs.). *Grandes Temas no Novo CPC: Justiça Multiportas*. Salvador.JusPodivm, 2016, prelo, p.5

³⁴ A propósito, conf. a leitura: “(i) que o seu art. 125, IV prescreve que compete ao juiz “tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes”; (ii) que o seu art. 331, §§1º e 2º mencionam que, se obtida a conciliação, essa será reduzida a termo, e se não for obtida, haverá o saneamento do processo; (iii) que o parágrafo único do seu art. 447 prevê que “nas causas relativas à família, terá lugar igualmente a conciliação, nos casos e para os fins em que a lei consente a transação; (iv) que o seu art. 448 menciona que o juiz tentará conciliar as partes antes de iniciar à instrução; (v) que o seu art. 449 prevê que o termo de conciliação assinado pelas partes e homologado pelo juiz terá valor de sentença; e (vi) que o seu art. 277, §1º dispõe sobre a designação da audiência de conciliação no procedimento sumário e sua redução a termo e homologação por sentença, podendo o juiz ser auxiliado por conciliador.” [MADUREIRA, Claudio Penedo; MOREIRA, Aline Simonelli; MOREIRA, Aline de Magalhães Grafanassi. Autocomposição, conciliação e mediação no regime do CPC-2015: esforço teórico de sistematização de conceitos. In: *III Congresso Brasil-Argentina em Direito Processual*. Vitória: Anais da Ufes, 2018].

1.3.1 Heterocomposição

A heterocomposição, método por meio do qual as partes conferem a um terceiro a resolução de conflito entre elas instaurado, seja através da utilização da intervenção jurisdicional do Estado para solucionar a controvérsia com a presença de um juiz togado, seja na presença de um árbitro que, conta com o amparo legal, inclusive na aplicação de sanções³⁵.

Este método de resolução de conflitos é evidenciado quando um terceiro intervém na disputa, por meio do julgamento togado, para tentar pôr termo à lide. As duas formas principais de heterocomposição são a jurisdição estatal e a arbitragem (Lei 9.307/96).

1.3.1.1 Jurisdição estatal

Nos primórdios das sociedades humanas, as relações eram iminentemente privadas e inspiradas pelos fortes sentimentos de ódio e vingança pessoais entre os indivíduos, sendo que muitos conflitos eram resolvidos pelo exercício da autotutela³⁶. Pressupõe-se que, ainda em ocasiões bem longínquas, anteriores à civilização social, o indivíduo concluiu que não era, de fato, eficaz “*fazer justiça com as próprias mãos*”, buscando a assistência de um terceiro na solução de uma controvérsia, ao qual competiria impedir ou sobrestar um conflito³⁷, e por essa razão passaram conferir a terceiros a resolução das controvérsias, sendo que esses eram normalmente anciãos ou sacerdotes.³⁸

Com o passar do tempo, a sociedade se institucionalizou criando o Estado, ao qual conferiu como funções principais: administrar, legislar e julgar³⁹. Desta última função (julgar) emerge

³⁵ PANTOJA, Fernanda Medina; ALMEIDA, Rafael Aves de. Os métodos “alternativos” de solução de conflitos (ADRS). In: ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva. *Mediação de conflitos para iniciantes, praticantes e docentes*. Salvador:JusPodivm. 2016. p. 50.

³⁶ LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria geral do processo. 6 ed. São Paulo: Thomson, 2005, p.36.

³⁷ ARAÚJO, Marcelo Barreto de. *Primeiras linhas sobre arbitragem. Lei 9.307/96*. Marcelo Barreto de Araújo. – Rio de Janeiro : Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo, 2018.

³⁸ PANTOJA, Fernanda Medina; ALMEIDA, Rafael Aves de. Os métodos “alternativos” de solução de conflitos (ADRS). In: ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva. *Mediação de conflitos para iniciantes, praticantes e docentes*. Salvador:JusPodivm. 2016. p. 55.

³⁹ PANTOJA, Fernanda Medina; ALMEIDA, Rafael Aves de. Os métodos “alternativos” de solução de conflitos (ADRS). In: ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva. *Mediação de conflitos para iniciantes, praticantes e docentes*. Salvador:JusPodivm. 2016. p. 55.

a atividade jurisdicional, tendo por fundamento a “soberania estatal e cuja legitimidade está diretamente ligada à Constituição, especialmente à observância dos direitos fundamentais materiais e processuais.”⁴⁰ Rosemiro Pereira Leal afirma ser ela a “atividade monopolística de o Estado reconhecer o Direito”⁴¹ de acordo com o art. 5º, XXXV, da CR/88.

Quanto ao poder-dever de julgar, pela jurisdição estatal há a subsunção dos conflitos à análise realizada por um magistrado, devidamente instituído para tal⁴², por tal razão a jurisdição é uma técnica inerente ao método heterocompositivo, visto que, compete a um terceiro imparcial a resposta sobre o conflito das partes.

1.3.1.2 Arbitragem

A arbitragem, como a jurisdição estatal, é uma técnica a serviço do método heterocompositivo de resolução de conflito.

Ela já estava presente entre as civilizações mais remotas da humanidade, conforme se observa nos registros da civilização hebreia, do pentateuco⁴³, que retrata a sua utilização em conflito vivenciado por Jacó e Labão, os quais utilizaram a figura de um terceiro para solucionar contenda entre eles, nesse que talvez seja um dos registros mais antigos de Arbitragem da história da civilização humana.⁴⁴

Ademais, no Direito Romano, a arbitragem, voluntária e facultativa,⁴⁵ era admitida e até mesmo estimulada. A arbitragem obrigatória também existiu entre as fases das ações da lei (“*legis actiones*”) e do processo formulário (“*per formulas*”)⁴⁶.

⁴⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 174

⁴¹ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*. 6 ed. São Paulo: Thomson, 2005, p.39.

⁴² GRINOVER, A. P. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros. 2012, p. 342.

⁴³ Pentateuco são os cinco rolos manuscritos compostos pelos cinco primeiros livros da Bíblia, também conhecido pelos judeus como Torá.

⁴⁴ A propósito, conf. a leitura: Um dos primeiros relatos de arbitragem foi registrado na Bíblia em “Genesis 31:36-37: Então irou-se Jacó e contendeu com Labão; e respondeu Jacó, e disse a Labão: Qual é a minha transgressão? Qual é o meu pecado, que tão furiosamente me tens perseguido? Procuraste entre todos os meus utensílios: encontrei acaso algum objeto de tua casa? Põe-no aqui, diante de meus irmãos e teus irmãos, e que eles julguem entre nós!” SCAVONE, Júnior, Luiz Antonio. *Manual de Arbitragem: mediação e conciliação*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

⁴⁵ Arbitragem na qual se chamava alguém, neutro aos interesses mútuos para decidir a contenda.

Importa dizer, que a arbitragem, como um dos meios mais antigos de resolução de conflitos pela heterocomposição, é um método de resolução de controvérsias que teve no Brasil um desenvolvimento efetivo a partir da edição da Lei 9.307/96, sendo essa a primeira lei a tratar a temática no diploma normativo, tendo sido responsável, paulatinamente, pela instituição de inúmeras cortes arbitrais em todo o país, as quais deliberavam, com autonomia, causas de inúmeras naturezas, consolidando uma alternativa de jurisdição privada, em regime de plena cooperação com a jurisdição pública.

Duas são as teses propostas para afirmar a admissibilidade da arbitragem com fundamento no artigo 5º, XXXV, da CR/88⁴⁷. Parte da doutrina adota, como premissa, a renunciabilidade à garantia do acesso ao Poder Judiciário, pois a arbitragem é considerada admissível como manifestação da liberdade, prevalecendo o princípio correlato sobre o princípio do acesso ao Poder Judiciário, sendo, neste sentido a opinião da maioria dos autores que discorrem sobre a temática, entre outros, Pedro Antônio Batista Martins, Nelson Nery Junior, Carlos Alberto Carmona, Joel Dias Figueiredo Junior, Paulo Furtado e Uadi Lammêgo Bulos.⁴⁸

Outra parcela da doutrina sustenta a admissibilidade da arbitragem na possibilidade de intervenção da autoridade judiciária, antes e depois de proferida a sentença arbitral, disciplinada no próprio instituto. Neste sentido se posiciona Sálvio de Figueiredo Teixeira⁴⁹ e Joel Dias Figueira Junior.⁵⁰ Nessa perspectiva, o acesso ao Poder Judiciário não é limitado, mas sim, aplicado. A possibilidade de intervenções da autoridade judiciária constitui para a

⁴⁶ A propósito, conf. a leitura: Período romano equivalente a quase onze séculos (794 a.C. – 294 d.C.) no qual o processo se dava em duas fases, desconsiderando a fase da citação: *in iure* (diante do magistrado) e *apud iudicem* (diante do *iudex privatus ou arbiter*). Apenas com a advinda do processo extraordinário (*cognitio extraordinaria*) que a arbitragem perde um pouco da sua importância para os romanos, com o exercício pleno da *iurisdictio* por parte do *populus*. CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de Direito Romano – Institutas de Gaio e de Justiniano vertidas para o português, em confronto com o texto latino*. São Paulo: Edições Saraiva, 1951. Vol. II, p. 213.

⁴⁷ Art. 5º. CR/88. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

⁴⁸ MARTINS, Pedro Antônio Batista. *Anotações sobre a arbitragem no Brasil e o Projeto de Lei do Senado 78/92*. Revista Forense, V. 332, P. 127; CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo. Um comentário à Lei 9.307/96*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 225 *et sequ.*; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Manual da arbitragem*. São Paulo: RT, 1997, P. 97 *ET SEQ.*; NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 4. Ed. São Paulo: RT, 1997, p. 66 *et seq.*; FURTADO, Paulo; BULOS, Uadi Lammêgo. *Lei da arbitragem comentada*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 10.

⁴⁹ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *A arbitragem como meio de solução de conflitos no âmbito do Mercosul e a imprescindibilidade da Corte Comunitária*. Genesis, revista de direito processual civil, n. 4 (jan.-ab./97), p. 104; Idem. *A arbitragem no sistema jurídico brasileiro*. Repro nº 85 (jan.-mar./97), p. 197.

⁵⁰ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. Op. Cit., p. 100.

preservação do princípio do acesso ao Judiciário é respeitada também na arbitragem. A despeito de qual corrente deva prevalecer, é fato que a Arbitragem é admitida entre nós, dada a existência de lei específica sobre o tema, cuja constitucionalidade foi afirmada pelo STF no contexto do julgamento da sentença estrangeira em que se abordava incidentalmente sobre a constitucionalidade da Lei 9.307/96.⁵¹

Os critérios de instituição da arbitragem são previstos no primeiro artigo da lei referida, ao que estabelece que “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”⁵². Nisso resulta limitação à arbitragem no que se refere à capacidade de contratar e aos direitos patrimoniais e disponíveis, pelo que, as discussões sejam submetidas à via arbitral, as partes integrantes da relação jurídica devem ter capacidade para contratar. Essa capacidade para contratar é entendida como a arbitrabilidade subjetiva, pressuposto subjetivo para que as controvérsias sejam submetidas à arbitragem. Enquanto isto, em relação às questões que podem ser submetidas à arbitragem, existe uma limitação quanto ao objeto das relações jurídicas em conflito, chamada de arbitrabilidade objetiva.⁵³

Apesar disso, uma nova disciplina veio alterar a antiga legislação, por meio da Lei 13.129/15, que ficou conhecida como Nova Lei de Arbitragem, a qual modificou a antiga em diversos pontos, destacando-se alguns principais quanto a adição de disposições aos artigos 1º e 2º da

⁵¹ Sobre o assunto: “Juízo Arbitral: Constitucionalidade. Concluído o julgamento de agravo regimental em sentença estrangeira em que se discutia incidentalmente a constitucionalidade da Lei 9.307/96 - Lei de Arbitragem (v. Informativos 71, 211, 221 e 226). O Tribunal, por maioria, declarou constitucional a Lei 9.307/96, por considerar que a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória no momento da celebração do contrato e a permissão dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar compromisso não ofendem o art. 5º, XXXV, da CF (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”). Vencidos os Ministros Sepúlveda Pertence, relator, Sydney Sanches, Néri da Silveira e Moreira Alves, que, ao tempo em que emprestavam validade constitucional ao compromisso arbitral quando as partes de uma lide atual renunciavam à via judicial e escolhem a alternativa da arbitragem para a solução do litígio, entendiam inconstitucionais a prévia manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória - dada a indeterminação de seu objeto - e a possibilidade de a outra parte, havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, recorrer ao Poder Judiciário para compelir a parte recalcitrante a firmar o compromisso, e, conseqüentemente, declaravam, por violação ao princípio do livre acesso ao Poder Judiciário, a inconstitucionalidade dos seguintes dispositivos da Lei 9.307/96: 1) o parágrafo único do art. 6º; 2) o art. 7º e seus parágrafos; 3) no art. 41, as novas redações atribuídas ao art. 267, VII e art. 301, inciso IX do Código de Processo Civil; 4) e do art. 42. O Tribunal, por unanimidade, proveu o agravo regimental para homologar a sentença arbitral.”

SE 5.206-Espanha (AgRg), rel. Min. Sepúlveda Pertence, 12.12.2001.(SE-5206).

⁵² CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem*. 6ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 137.

⁵³ CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem*. 6ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 137.

lei anterior⁵⁴, especificando a possibilidade de a administração pública recorrer à arbitragem com o fito de resolver conflitos relacionados a direitos patrimoniais disponíveis, havendo também importante modificação no artigo 13, parágrafo 4º que dispõe que as partes, de comum acordo, poderão afastar a aplicação de dispositivo do regulamento do órgão arbitral institucional ou entidade especializada que limite a escolha do árbitro único, coárbitro ou presidente do tribunal à respectiva lista de árbitros, possibilitado o controle da escolha pelos órgãos competentes da instituição, enfatizando que, nos casos de impasse e arbitragem multiparte, precisará ser observado o que apontar o regulamento aplicável.⁵⁵

A arbitragem também é mencionada no texto do Código do Processo Civil de 2015 (Lei 13.105/2015), que expressou ser permitida a arbitragem (art. 3º, §1º⁵⁶); que versou sobre a publicidade dos atos públicos inclusive sobre a arbitragem, desde que a confidencialidade estipulada nessa fosse comprovada perante o magistrado (art. 189, IV⁵⁷); que se refere sobre a carta arbitral (art. 260, §3º⁵⁸); que menciona que o réu deve discutir antes do mérito a convenção de arbitragem (art. 337, X)⁵⁹; que excetua a convenção de arbitragem das preliminares que o juiz deverá conhecer de ofício (art. 337, §5º)⁶⁰; que estabelece que a ausência de alegação preliminar da existência da convenção de arbitragem implica aceitação da jurisdição estatal e renúncia do juízo arbitral (art. 337, §6º)⁶¹; que estabelece que o juiz tentará conciliar as partes no início da audiência de instrução e julgamento, independente do

⁵⁴ Art. 1º. Lei nº 13.129/15. As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. 2º A autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações.

⁵⁵ Art. 13, 4º. Lei nº 13.129/15. As partes, de comum acordo, poderão afastar a aplicação de dispositivo do regulamento do órgão arbitral institucional ou entidade especializada que limite a escolha do árbitro único, coárbitro ou presidente do tribunal à respectiva lista de árbitros, autorizado o controle da escolha pelos órgãos competentes da instituição, sendo que, nos casos de impasse e arbitragem multiparte, deverá ser observado o que dispuser o regulamento aplicável.

⁵⁶ Art. 3º. CPC/15. Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. § 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

⁵⁷ Art. 189, IV. CPC/15. que versem sobre arbitragem, inclusive sobre cumprimento de carta arbitral, desde que a confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada perante o juízo.

⁵⁸ Art. 260, §3º. CPC/15. A carta arbitral atenderá, no que couber, aos requisitos a que se refere o caput e será instruída com a convenção de arbitragem e com as provas da nomeação do árbitro e de sua aceitação da função.

⁵⁹ Art. 337. CPC/15. Incumbe ao réu, antes de discutir o mérito, alegar: X - convenção de arbitragem.

⁶⁰ Art. 337, §5º. CPC/15. Excetuadas a convenção de arbitragem e a incompetência relativa, o juiz conhecerá de ofício das matérias enumeradas neste artigo.

⁶¹ Art. 337, §6º do CPC/15 A ausência de alegação da existência de convenção de arbitragem, na forma prevista neste Capítulo, implica aceitação da jurisdição estatal e renúncia ao juízo arbitral.

emprego anterior de arbitragem (art. 359)⁶²; que retrata que o juiz não analisar o mérito quando acolhe a existência de convenção de arbitragem ou quando o árbitro reconhece sua competência (art. 489, VII)⁶³; que confere efeito ativo para a decisão que julga procedente a arbitragem (art. 1.012, §1º, IV)⁶⁴; e que prevê a possibilidade de agravo de instrumento de decisões interlocutórias que versem sobre rejeição da alegação de convenção de arbitragem (art. 1.015, III)⁶⁵.

Logo, se mostra como um dos métodos alternativos para a apropriada resolução dos conflitos.

1.3.2 Autocomposição

A Escola de Harvard desenvolveu por volta da década de 50 e 60 do século passado, estudos acerca de negociação cooperativa, que irradiaram, também, para a mediação e conciliação, haja vista apresentarem técnicas negociais capazes de conter a litigiosidade dos processos, por meio de métodos apropriados à solução da lide.⁶⁶

Tanto a conciliação quanto a mediação empregam modelo básico de negociação com a figura de um terceiro que atua como facilitador do diálogo entre os interessados. Ambas comportam as fases de planejar, executar e controlar os métodos de autocomposição,⁶⁷ e empregam como técnicas principais “a) a separação das pessoas do problema; b) a concentração no interesse e não nas posições; c) a identificação das opções de ganho mútuo; d) a insistência em critérios objetivos; e e) o conhecimento das chances de retirada”.⁶⁸

⁶² Art. 359. CPC/15. Instalada a audiência, o juiz tentará conciliar as partes, independentemente do emprego anterior de outros métodos de solução consensual de conflitos, como a mediação e a arbitragem.

⁶³ Art. 485. CPC/15. O juiz não resolverá o mérito quando: VII acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência;

⁶⁴ Art. 1.012. CPC/15. A apelação terá efeito suspensivo. § 1º Além de outras hipóteses previstas em lei, começa a produzir efeitos imediatamente após a sua publicação a sentença que: IV - julga procedente o pedido de instituição de arbitragem;

⁶⁵ Art. 1.015. CPC/15. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: III - rejeição da alegação de convenção de arbitragem;

⁶⁶ VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas*. São Paulo: Método, 2015, p.178.

⁶⁷ VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas*. São Paulo: Método, 2015, p.172/173.

⁶⁸ VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas*. São Paulo: Método, 2015, p.173/176.

Por essas técnicas autocompositivas se busca conter a litigiosidade através do estímulo da autocomposição.

Na mediação facilitativa, linear ou tradicional de Harvard o mediador deve atuar como facilitador, portanto, “não cabe a ele indicar a solução do problema, que deve ser buscada pelas partes ou mediandos, com a colaboração, a facilitação, que um bom mediador propicia.”⁶⁹ Para tanto, lança mão de “técnicas de conotação positiva, escuta ativa e perguntas circulares”.⁷⁰

Já na mediação avaliativa ou conciliação engloba um processo ativo entre os interessados, inclusive do próprio conciliador, sendo voltada para situações em que as partes não guardam vínculo continuado de permanência, como exemplo, as relações entre fornecedor e consumidor⁷¹.

Cahali explica que a partir da identificação das partes que agregam a relação litigiosa é possível efetivar a autocomposição e a heterocomposição, sendo que, naquela, a solução da controvérsia se dá pelo auxílio de um terceiro que facilitará e auxiliará o processo de entendimento entre as partes, cabendo às partes litigantes a resolução final do conflito, em respeito ao princípio regente da autonomia da vontade⁷², previsto no artigo 1º, *caput* e inciso V⁷³ do Anexo III da Resolução 125/10 do CNJ e artigo 166 do CPC/15; artigo 2º, V da Lei 13.140/15.

Através desse princípio, as partes além de poderem estabelecer se desejam continuar ou interromper com o procedimento autocompositivo e livremente definir a situação acordada, também é garantido a essas dispor sobre as regras procedimentais a que serão submetidas⁷⁴.

⁶⁹ VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas*. São Paulo: Método, 2015, p.178.

⁷⁰ VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas*. 2015, p.178.

⁷¹ VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas*. 2015, p.178.

⁷² CAHALI, Francisco José. Curso de Arbitragem: mediação, conciliação. resolução CNJ 125/2010. 5.ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters/Revista dos Tribunais, 2015. 565p.

⁷³ Art. 1º, V, Anexo III. Resolução 125/10 CNJ. Independência e autonomia - dever de atuar com liberdade, sem sofrer qualquer pressão interna ou externa, sendo permitido recusar, suspender ou interromper a sessão se ausentes as condições necessárias para seu bom desenvolvimento, tampouco havendo dever de redigir acordo ilegal ou inexecutável

⁷⁴ GORETTI, Ricardo. *Mediação e acesso à justiça*. Salvador: Editora JusPodivm, 2016. p. 244/245.

Fredie Didier Jr. conduz que o estímulo pela autocomposição decorre do princípio do respeito ao autorregramento da vontade, corolário da liberdade.⁷⁵

Desta feita, o que importa atualmente não é mais o selo da “alternatividade”, de toda duvidosa, aposta à conciliação e mediação. Primeiramente, é preciso respeitar a escolha dos interessados e garantir que ela seja feita em igualdade de condições (princípios da autonomia da vontade e da decisão informada, previstos nos artigos 166 do CPC/15)⁷⁶.

Depois, é preciso considerar a “adequação” do meio e a sua “alternatividade”. Cumpre ressaltar que o CPC/15 não estabelece superioridade da justiça estatal em relação aos demais meios de solução de controvérsias. Como afirma Paula Costa e Silva a única relação que, no Estado de Direito, pode legitimamente existir, é uma relação de adequação⁷⁷.

A mediação e a conciliação serão modos legítimos de resolução de conflitos se forem os métodos adequados da resolução da situação em concreto. Esta observação não é inconsequente, pois ela repercute efeitos sobre a compatibilidade constitucional de soluções que impliquem na criação de entraves processuais ou desvantagens patrimoniais no acesso aos Tribunais.

1.3.2.1 Conciliação

A conciliação é entendida por Lima Filho como uma forma de autocomposição de conflitos, por meio da qual se tem a figura de um terceiro imparcial cuja função será auxiliar os envolvidos na solução dos litígios, não cabendo a este personagem resolver o problema, mas,

⁷⁵ DIDIER JR, Fredie. *Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no Processo Civil*. Editora Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MPRJ): 2015. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/98637/principio_respeito_autorregramento_didier.pdf. Acesso em 07 de julho de 2018. p. 4.

⁷⁶ DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETTI JUNIOR, Hermes. *Justiça Multiportas e tutela constitucional adequada: autocomposição em direitos coletivos*. Revista da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo, Vitória. PGE/ES, 2017, p. 111.

⁷⁷ COSTA E SILVA, Paula. *A nova face da Justiça: Os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias*, São Paulo. Editora Coimbra, 2009, p. 35.

sobretudo, desempenhar um papel de incentivador da solução do conflito a fim de promover autonomia aos envolvidos e desenvolver a resolução harmoniosa de suas querelas.⁷⁸

Esta técnica de solução de desordens concernente ao método autocompositivo se efetiva quando “um terceiro intervém no processo negocial, com a função de auxiliar as partes a chegar à autocomposição”⁷⁹, tratando-se de um instrumento facilitador imparcial, “sendo-lhe vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.”⁸⁰

A conciliação deverá ser preferencialmente utilizada nos casos em que as partes não possuam vínculo anterior, competindo ao profissional agir mais ativamente sugerindo soluções para a pacificação do conflito, conforme definição trazida pelo artigo 165, §2º do CPC/15⁸¹, ressalvado o uso de qualquer tipo de prática de constrangimento ou intimidadora.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) procura conceituar conciliação em seu site quando realça a prevalência dessa técnica para auxiliar nos “conflitos mais simples ou restritos em que o terceiro facilitador deve adotar postura mais ativa, porém neutra com relação ao conflito e imparcial”⁸². E, acrescenta que, a conciliação geralmente é utilizada em “processo consensual breve, que busca uma efetiva harmonização social e a restauração, dentro dos limites possíveis, da relação social das partes e da harmonia social”⁸³

A sessão de conciliação é aplicada quando não existe vínculo anterior entre as partes, podendo o conciliador interferir sugerindo soluções para o conflito.

⁷⁸ LIMA FILHO, Francisco das Chagas. *Acesso à Justiça e os Mecanismos Extrajudiciais de Solução de Conflitos*. Porto Alegre, Fabris, 2003.

⁷⁹ DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 322.

⁸⁰ DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 323.

⁸¹ Art. 165, §2º. CPC/2015: O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

⁸² CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Conciliação e Mediação*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-e-mediacao-portal-da-conciliacao>. Acesso em: 02 de agosto de 2018.

⁸³ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Conciliação e Mediação*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-e-mediacao-portal-da-conciliacao>. Acesso em: 02 de agosto de 2018.

1.3.2.2 Mediação

A Lei 13.140/15 dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Essa não rege exclusivamente a temática da mediação, discorrendo também sobre os meios autocompositivos de uma forma geral, sendo aplicável também à conciliação, porém essa lei ficou popularmente conhecida como Lei de Mediação.

Segundo o artigo 1º, parágrafo único da referida Lei, Mediação é a “atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.”⁸⁴

Como método de resolução de conflitos, a mediação é um procedimento autocompositivo triangular que ocorre quando um terceiro, independente e imparcial, coordena reuniões conjuntas ou individuais com as partes envolvidas no litígio, tendo como um propósito principal estimular o diálogo cooperativo entre elas para que atinjam a solução das discussões nas quais estão envolvidas⁸⁵.

Ainda, em seu artigo 2º, a Lei apresenta princípios norteadores da atividade da mediação, citando os seguintes: imparcialidade do mediador, isonomia entre as partes, oralidade, informalidade, autonomia da vontade das partes, busca do consenso, confidencialidade e boa-fé.

Sob a ótica da Mediação, o conflito deve ser entendido como algo natural das relações humanas, sendo possível gerar oportunidade e aprendizado às partes, por ser dinâmico e participativo, provocando um diálogo entre as partes que busca, sobretudo, à solução satisfatória do conflito⁸⁶.

⁸⁴ Art. 1º, parágrafo único. Lei 13.140/2015. Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.

⁸⁵ SAMPAIO, Lia Regina Castaldi; BRAGA NETO, Adolfo. O que é mediação de conflitos (Coleção primeiros passos). São Paulo: Brasiliense, 2007, p. 56.

⁸⁶ GABBAY, Daniela Monteiro. Mediação & Judiciário: condições necessárias para a institucionalização dos meios autocompositivos de solução de conflitos. 2011. Tese doutorado em Direito – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

2 AUTOCOMPOSIÇÃO COMO ANTÍDOTO AO PROBLEMA DA "MOROSIDADE DA JUSTIÇA"

Juristas brasileiros⁸⁷ de modo recorrente discutem sobre a morosidade do Poder Judiciário em conferir decisões aos envolvidos numa lide.

É importante o conhecimento acerca da situação atual do fluxo processual no Brasil para que se vislumbre formas de superar os obstáculos existentes e contribuir para o desenvolvimento de políticas públicas.

O CNJ ocupa papel de destaque na coleta de dados do Poder Judiciário, em cumprimento ao estipulado pelo artigo 103-B, §4º, VII da CR/88⁸⁸, especialmente através da divulgação do Relatório Justiça em Números.

Esse relatório concentra e organiza dados coletados de noventa tribunais, englobando Tribunais Superiores (com exceção de dados do Supremo Tribunal Federal que possui relatório a parte), Tribunais Regionais Federais, Tribunais do Trabalho, Tribunais Eleitorais, Tribunais de Justiça Militar Estaduais e Tribunais de Justiça dos Estados.⁸⁹

⁸⁷ Conf. a leitura: “A demanda excessiva de processos acompanhada de um Poder Judiciário acessível, porém desaparelhado, ensejou um déficit na estrutura orgânica judiciária, o que motivou uma crise institucional no Poder Judiciário – visto que as instituições judiciais não estavam preparadas para atender toda a demanda por justiça que se desenvolveu no país e, tampouco, contavam com o aporte funcional e o aparelhamento sistêmico adequado a permitir o fluxo transitório das excessivas demandas” (AQUINO, Maria da Glória Costa Gonçalves de Souza. *Considerações sobre a Resolução CNJ nº 125/2010: Uma avaliação política da política judiciária brasileira – A solução dos conflitos de interesses?* 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 122); e também “É tema recorrente nas investigações dos juristas brasileiros a crise da realização do Direito, contexto em que se situam, em posição de destaque, discussões relativas à demora do Poder Judiciário em dar resposta aos conflitos submetidos à sua apreciação.” (MADUREIRA, Claudio Penedo. *Fundamentos do Novo Processo Civil Brasileiro. O processo civil do formalismo valorativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 107).

⁸⁸ Art. 103-B, §4º, VII. CR/88. Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura: elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar mensagem do Presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa.

⁸⁹ Mais especificamente: “4 tribunais superiores; 5 tribunais regionais federais; 24 tribunais regionais do trabalho; 27 tribunais regionais eleitorais; 3 tribunais de Justiça Militar estaduais; 27 tribunais de Justiça”. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Relatório Justiça em números 2018* (ano-base 2017). Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/09/8d9face7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf> >, acesso em: 07 fev. 2019, fl. 8.)

2.1 A LITIGIOSIDADE DOS CONTENDORES COMO CAUSA

Analizando o relatório de 2018 (mais atual até o momento), que compila os dados colhidos em 2017, alguns indicadores auxiliam na constatação do problema da morosidade da justiça.

Até 31 de dezembro de 2017 existiam 80,1 milhões de processos em tramitação no Poder Judiciário, e que, mesmo com o crescimento acumulado no período de 2009 a 2017 de 31,9%, houve um crescimento de 0,3% de processos novos se comparados com o ano de 2016, sendo que pela primeira vez “o volume de processos baixados superou o patamar de 30 milhões de casos solucionados, 6,5% a mais do que a demanda de casos novos.”⁹⁰

No período, foram destinados R\$ 90,8 bilhões, quantia essa que representa um crescimento de 4,4% em comparação ao ano de 2016. Dentre essa, o maior percentual é com o setor de Recursos Humanos, que correspondeu à R\$ 82,2 bilhões, valor destinado ao pagamento dos magistrados e servidores ativos e inativos. A quantia restante foi destinada ao pagamento de despesas correntes e de capital⁹¹.

Sobre a produtividade dos magistrados a pesquisa do CNJ contempla que em 2017, cada juiz brasileiro solucionou 1.819 mil processos, o que corresponde a 7,2 casos por dia útil, sem descontar período de férias e recessos.⁹²

Observa-se que o Judiciário no ano-base de 2017 contava com o apoio de “18.168 magistrados (4%) 272.093 servidores (60,6%) - 78,8% estão lotados em área judiciária e 21,2% atuam em área administrativa 71.969 terceirizados (16%) 67.708 estagiários (15,1%)

⁹⁰ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Relatório Analítico Justiça em números 2018* (ano-base 2017). Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/09/da64a36ddee693ddf735b9ec03319e84.pdf>>, acesso em: 07 fev. 2019, fl. 3.

⁹¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Relatório Analítico Justiça em números 2018* (ano-base 2017). Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/09/da64a36ddee693ddf735b9ec03319e84.pdf>>, acesso em: 07 fev. 2019, fl. 11.

⁹² CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Relatório Analítico Justiça em números 2018* (ano-base 2017). Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/09/da64a36ddee693ddf735b9ec03319e84.pdf>>, acesso em: 07 fev. 2019, fl. 4

19.026 conciliadores, juízes leigos e voluntários (4,24%)”⁹³, tendo o Poder Judiciário recebido o apoio de 158.703 trabalhadores auxiliares, especialmente na forma de terceirizados e estagiários, que cresceram, respectivamente, comparados ao ano anterior em 3,5% e 15,2%. Na análise de período mais longo de 2009 a 2017, houve um aumento expressivo de 84,2% de terceirizados e 90,4% de estagiários.⁹⁴

Ao se analisar a taxa de congestionamento do ano de 2008 que afere os processos em trâmite ainda sem julgamento de países da Europa e Brasil, este é o país que apresenta a maior taxa de congestionamento dentre todos os analisados, possuindo o maior número de advogados em relação a magistrados⁹⁵, estatísticas essas que indicam que o Brasil é um país com uma cultura de litigância ainda muito arraigada.

Ainda, outro dado interessante disponível no site do Conselho Nacional de Justiça se refere ao “Estudo comparado sobre recursos, litigiosidade e produtividade: a prestação jurisdicional no contexto internacional”, em que se constata que o Brasil é o segundo país, dentre os países da Europa analisados, a ter mais processos por juiz no ano de 2008⁹⁶, fato que contribui para a demora na solução dos processos judicializados.

Ricardo Goretti, ao analisar os dados do *Relatório Justiça em Números* de 2015, referente ao ano-base de 2014 destacou que esses apontam a gravidade da administração da justiça “alimentando no imaginário social um sentimento de profunda descrença em relação à capacidade do Estado de equacionar (de forma adequada, efetiva e tempestiva) a insustentável demanda de conflitos que se acumulam no Judiciário”⁹⁷.

⁹³ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Relatório Analítico Justiça em números 2018* (ano-base 2017). Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/09/da64a36dde693ddf735b9ec03319e84.pdf>>, acesso em: 07 fev. 2019, fl. 11.

⁹⁴ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Relatório Justiça em números 2018* (ano-base 2017). Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/09/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf>>, acesso em: 07 fev. 2019, fl. 70.

⁹⁵ CNJ, *ESTUDO COMPARADO SOBRE RECURSOS, LITIGIOSIDADE E PRODUTIVIDADE: a prestação jurisdicional no contexto internacional*. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/relat_estudo_comp_inter.pdf. Acesso em: 07 de agosto de 2018. p. 7-13.

⁹⁶ CNJ. *ESTUDO COMPARADO SOBRE RECURSOS, LITIGIOSIDADE E PRODUTIVIDADE: a prestação jurisdicional no contexto internacional*. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/relat_estudo_comp_inter.pdf. Acesso em 07 de agosto de 2018. p. 20.

⁹⁷ GORETTI, Ricardo. *Mediação e acesso à justiça*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 104.

Fernando Gonzaga Jayme assevera a excessiva litigiosidade e reflete sobre a ocorrência da crise da jurisdição, tendo em vista os números evidenciarem a pujante litigiosidade, por meio da qual se permite a conclusão de que a sociedade brasileira se encontra doente, em face da carência de efetividade do Direito, inexistindo, até o momento, remédios que possam prevenir tal enfermidade, pois para se alcançar a cura para tal mazela, dispõe-se de um processo oneroso, lento e ineficiente. A desordem social decorrente da crise de Direito face à incapacidade da jurisdição de preservar a coesão da sociedade e de fazer as normas jurídicas serem cumpridas, além de comprometer a imagem do Poder Judiciário, ocasiona insegurança jurídica.⁹⁸

O astronômico número de processos julgados anualmente pela justiça não representa nenhum alento, mas, ao contrário, deve constituir motivo para sérias preocupações, tendo em vista ser possível concluir que a litigiosidade das partes pode ser considerada uma das causas efetivas da morosidade jurisdicional.

Diante do aumento do número de processos e da incapacidade dos juízes julgarem mais do que processos ajuizados constata-se o problema da litigiosidade no Brasil.

Este cenário demonstra, sobretudo, a necessidade precípua de serem utilizados métodos de autocomposição entre as partes, a fim de se promover uma desobstrução do Poder Judiciário, na efetivação de uma solução adequada às partes sem a necessidade de se aguardar uma sentença no Judiciário, promovendo a harmonização de conflitos em maior escala e menor tempo.

2.2 A CONTENÇÃO DA LITIGIOSIDADE COMO SOLUÇÃO

O CPC/15 adotou como técnica para preservar a duração razoável do processo o incentivo à contenção da litigiosidade das partes, fato já retratado por Madureira.⁹⁹

⁹⁸ JAYME, Fernando Gonzaga. *Os problemas da efetiva garantia de proteção judicial perante o Poder Judiciário brasileiro*. In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra (Coord.). *Processo Civil – novas tendências: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 239.

⁹⁹ MADUREIRA, Claudio. *Fundamentos do Novo Processo Civil Brasileiro: o processo civil do formalismo-valorativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 107.

Objetivando otimizar os procedimentos e viabilizar as tutelas jurisdicionais, o CPC/15 foi editado com inúmeros propósitos¹⁰⁰, entre os quais se destaca a necessidade de se compatibilizar o texto do Código com o princípio do acesso à justiça previsto na Constituição Federal, dando ênfase aos métodos autocompositivos.

O artigo 1º do CPC/15 já deixa clara essa premissa ao mencionar que o processo civil deve ser ordenado, disciplinado e interpretado em consonância com os valores e normas fundamentais da Carta Magna.¹⁰¹

Dentre as formas de contenção de litigiosidade impostas pelo CPC/15, destacam-se a boa-fé processual, a cooperação e a autocomposição das partes.

2.2.1 Boa-fé processual

O princípio da boa-fé se encontra previsto no artigo 5º do CPC/15¹⁰² como princípio fundamental, no art. 77, II do CPC/15¹⁰³ que concretiza o princípio da boa-fé, bem como no artigo 2º, VIII¹⁰⁴ da Lei de Mediação. Ele evoca a vontade das partes em resolver o conflito, objetivando-se uma condução pautada na honestidade e probidade dos participantes do processo.

¹⁰⁰ A propósito, conf. a leitura: “Com evidente redução da complexidade inerente ao processo da criação de um novo Código de Processo Civil, poder-se-ia dizer que os trabalhos da Comissão se orientaram, precipuamente por cinco objetivos: 1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como por exemplo, o recursal; 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão”. [Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil/Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. – Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010, 268, p.]

¹⁰¹ Art. 1º. CPC/15. O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

¹⁰² Art. 5º. CPC/15: Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

¹⁰³ Art. 77. CPC/15 Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo: II - não formular pretensão ou de apresentar defesa quando cientes de que são destituídas de fundamento.

¹⁰⁴ Art. 2º. Lei nº 13.140/15 A mediação será orientada pelos seguintes princípios: VIII – boa-fé.

Para Madureira, o princípio da boa-fé processual constrange as partes a não postular contrariamente ao Direito, devendo, inclusive, diante do convencimento de que não lhe assiste razão, deixar de recorrer para “procurar induzir o encerramento da demanda via autocomposição com a parte adversária (atividade contenciosa)”.¹⁰⁵ Logo, só é legítimo litigar enquanto houver dúvida sobre quem tem razão. Esse autor discorre sobre algumas situações em que essa convicção pode advir alertando para a observância dos “precedentes firmados pelos Tribunais por ocasião do julgamento de casos análogos (art. 927 e 489, §1º, VI) e que, ademais, devem ter em consideração as razões deduzidas pelas partes (art. 489, §1º, IV)”.¹⁰⁶

Se ainda assim, a parte ciente da antijuridicidade de seu pleito continuar litigando contrariamente ao Direito, essa estará atentando contra a boa-fé processual e poderá sofrer penalidades por tal ato, tais como: multa por litigância de má-fé, assim como o pagamento de indenização e despesas à parte contrária, caso tenha causado prejuízos.

2.2.2 Cooperação

A contenção da litigiosidade também encontra fundamento jurídico normativo no princípio da cooperação, inserido no artigo 6º do CPC/15¹⁰⁷. Por meio da cooperação cada um dos participantes do processo se responsabiliza por uma parte do tratamento do problema, na efetiva divisão de tarefas, das quais a cooperação passa a ser uma obrigação das partes, bem como, do próprio juiz, e dos demais sujeitos do processo.

A cooperação determina que as partes da relação processual devam colaborar entre si, com atuação voltada à boa-fé, buscando a solução da lide. A cooperação evidencia a respeitabilidade do Estado Democrático de Direito, o qual permite que os indivíduos possam agir de forma mútua e igualitária na busca pelo melhor andamento do processo a fim de que se promova uma eficaz solução de mérito ao conflito. Segundo Didier “os princípios do

¹⁰⁵ MADUREIRA, Claudio. *Fundamentos do Novo Processo Civil Brasileiro: o processo civil do formalismo-valorativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 224/225.

¹⁰⁶ MADUREIRA, Claudio. *Fundamentos do Novo Processo Civil Brasileiro: o processo civil do formalismo-valorativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 225/226.

¹⁰⁷ Art. 6º. CPC/15. Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

devido processo legal, da boa-fé processual e do contraditório, juntos, servem de base para o surgimento de outro princípio do processo: o princípio da cooperação”.¹⁰⁸

A cooperação possui uma ligação muito estrita com os princípios da razoável duração do processo e da celeridade processual por possuir fundamental importância na solução dos litígios ao se referir à necessidade de um exercício cooperativo entre as partes e o juiz dentro da relação processual com o objetivo de perpetrar, de forma cooperativa, atos com vistas a alcançar a resolução de mérito¹⁰⁹.

Como exemplo de como a cooperação pode conduzir à contenção de litigiosidade, pode-se citar o ato do saneamento do processo. Esse quando realizado de modo participativo entre todos os sujeitos processuais contribui para uma melhor compreensão e organização processual auxiliando na resolução de questões pendentes podendo eliminar dúvidas quanto as chances processuais ou de direito de determinada situação, potencializando a possibilidade para a autocomposição.

O fato desse princípio estar inserido no CPC/15 demonstra que o ordenamento jurídico brasileiro busca conferir soluções mais céleres e eficazes ao mérito, sendo possível afirmar que a cooperação se transforma em um instituto formador da dignidade processual, na qual não se pode identificá-la apenas como a prática de atos de boa-fé realizados por ambas as partes, mas, sobretudo, como um dever processual imposto aos sujeitos processuais, que atuaram ativamente na busca pela melhor solução do litígio apresentado.

2.2.2.1 Cooperação entre as partes e o juiz

O CPC/15 adotou o modelo cooperativo, em que todos os sujeitos processuais devem dialogar e cooperar entre si para a obtenção de uma decisão de mérito justa, célere e efetiva.¹¹⁰

¹⁰⁸ DIDIER JR., Fredie. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coords). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 18.

¹⁰⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 56ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.

¹¹⁰ Art. 6º . CPC/15. Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

Nesse envolvimento, em busca de uma resposta adequada, tanto o juiz possui dever cooperativo com as partes, como as partes possuem deveres cooperativos com o juiz. Essa é uma imposição contida no CPC/15, sendo consideradas ilícitas condutas de encontro a esse modelo.

Sobre a conduta esperada do juiz perante os demais sujeitos processuais que compõem a lide, a esse compete o dever de esclarecimento, prevenção e consulta.

O dever de esclarecimento impõe que o juiz sane dúvidas, evite omissões, contradições e obscuridades de modo a prevenir percepções equivocadas, conferindo às partes respostas “que sejam fruto do debate em contraditório”¹¹¹, como também impõe que o julgador se pronuncie pela primazia do julgamento de mérito e do máximo aproveitamento¹¹². Por esse dever, nos dizeres de Didier, “o magistrado deve adotar uma postura de diálogo com as partes e com os demais sujeitos do processo: esclarecendo suas dúvidas, pedindo esclarecimentos quando estiver com dúvidas e, ainda, dando as orientações necessárias, quando for o caso.”¹¹³ A título de exemplo, demonstram a exigência desse dever a previsão contida no art. 139, VIII, do CPC/15¹¹⁴ de que o juiz pode pedir esclarecimento às partes sobre matéria fática, e o seu art. 321 do CPC/15¹¹⁵ que menciona que o juiz deve solicitar esclarecimentos antes de indeferir inicial, dentre outros.

O dever de prevenção, por sua vez, consiste em alerta emitido pelo magistrado para que as partes se adéquem às exigências processuais, fazendo pedidos claros, expondo os fatos relevantes e em conformidade com a situação em concreto e sugerindo modificações. Esse dever é retratado em diversos enunciados no CPC/15, como, por exemplo, dispositivo que determina ao juiz que suspenda o processo e conferira prazo à parte que for incapaz

¹¹¹ THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio. Novo Código de Processo Civil: Fundamentos e sistematização. 2. ed. Rio de Janeiro: GEN Forense, 2015. p. 87.

¹¹² Art. 4º. CPC/15. As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

¹¹³ DIDIER JÚNIOR, Fredie. O princípio da cooperação: uma apresentação. *Revista de Processo*, n. 127, p. 75-80, set. 2005. p. 76.

¹¹⁴ Art. 139, VIII. CPC/15. determinar, a qualquer tempo, o comparecimento pessoal das partes, para inquiri-las sobre os fatos da causa, hipótese em que não incidirá a pena de confesso.

¹¹⁵ Art. 321. CPC/15. O juiz, ao verificar que a petição inicial não preenche os requisitos dos arts. 319 e 320 ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor, no prazo de 15 (quinze) dias, a emende ou a complete, indicando com precisão o que deve ser corrigido ou completado.

processualmente ou tiver a representação irregular (art. 76¹¹⁶), ou, ainda, aquele que impõe ao julgador que indique com precisão o que deve ser corrigido ou completado na petição inicial, quando essa não preenche os requisitos ou apresenta irregularidades ou defeitos (art. 321¹¹⁷), bem como aquele que possibilita o relator de uma decisão o saneamento de vício ou que se complemente documentação de recurso antes desse ser considerado inadmissível (Art. 932¹¹⁸).

Já o dever de consulta vem expresso no art. 10 do CPC/15, que estabelece que “o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”. Ainda sobre esse dever de consulta, compete ao juiz que constate de ofício fato novo, ouvir às partes sobre tal fato antes de tomar sua decisão (art. 489, parágrafo único do CPC/15).¹¹⁹

O dever de consulta destina-se a evitar “decisões surpresas” por parte do magistrado, garantindo às partes o poder de dialogar sobre questões não abordadas, caso queiram, antes do magistrado conferir uma resposta que possa afetar o resultado do processo. De acordo com Didier, “deve o juiz consultar as partes sobre essa questão não alvitada no processo, e por isso não posta em contraditório, antes de decidir”.¹²⁰

Essas diretrizes fundamentais incluem o juiz nessa comunidade de trabalho colaborativa o conduzindo-o a ser “um participante ativo do contraditório e não mais a de um mero fiscal de regras”.¹²¹

¹¹⁶ Art. 76. CPC/15. Verificada a incapacidade processual ou a irregularidade da representação da parte, o juiz suspenderá o processo e designará prazo razoável para que seja sanado o vício.”

¹¹⁷ Art. 321. CPC/15. O juiz, ao verificar que a petição inicial não preenche os requisitos dos arts. 319 e 320 ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor, no prazo de 15 (quinze) dias, a emende ou a complete, indicando com precisão o que deve ser corrigido ou completado.

¹¹⁸ Art. 932, parágrafo único. CPC/15. Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível.

¹¹⁹ Art. 493, parágrafo único. CPC/15. Se constatar de ofício o fato novo, o juiz ouvirá as partes sobre ele antes de decidir.

¹²⁰ DIDIER JÚNIOR, Fredie. O princípio da cooperação: uma apresentação. *Revista de Processo*, n. 127, p. 75-80, set. 2005. p. 77-78.

¹²¹ DIDIER JÚNIOR, Fredie. O princípio da cooperação: uma apresentação. *Revista de Processo*, n. 127, p. 75-80, set. 2005. p. 75-76.

O dever de cooperação do juiz em relação às partes pode ser vislumbrado em várias passagens do CPC/15, como o dispositivo que aborda a função do juiz de prevenir e reprimir atos atentatórios à dignidade da justiça e indeferir postulações meramente protelatórias (no artigo 139, III)¹²², aquele que altera a ordem de produção de provas adequando-os às necessidades do conflito de modo a garantir maior efetividade da tutela ao direito (art. 139, VI)¹²³, o que determina inquirir a qualquer tempo as partes sobre os fatos da causa (art. 139, VIII)¹²⁴ e saneia os vícios processuais (art. 139, XI)¹²⁵ resolvendo questões processuais pendentes (art. 357, I)¹²⁶, delimitando questões de fato sobre qual recairá a prova (art. 357, II)¹²⁷; distribuindo o ônus da prova (art. 357, III)¹²⁸; delimitando questões de direito relevantes ao mérito (art. 357, IV)¹²⁹, concedendo tutela de evidência por abuso de direito de defesa ou o manifesto protelatório da parte (art. 311, I)¹³⁰, auxiliando as partes na identificação de precedentes ou a ocorrência de *overruling* ou *distinguishing* (artigo 489, §1º, V e VI do CPC/15)¹³¹, permitindo o julgamento antecipado do mérito quando a causa estiver “madura” (artigo 335 do CPC/15)¹³²; dentre outras medidas.

¹²² Art. 139. CPC/15. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: III - prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça e indeferir postulações meramente protelatórias;

¹²³ Art. 139. CPC/15. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: VI - dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito;

¹²⁴ Art. 139. CPC/15. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: VIII - determinar, a qualquer tempo, o comparecimento pessoal das partes, para inquiri-las sobre os fatos da causa, hipótese em que não incidirá a pena de confesso;

¹²⁵ Art. 139. CPC/15. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: IX - determinar o suprimimento de pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios processuais;

¹²⁶ Art. 357. CPC/15. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo: I - resolver as questões processuais pendentes, se houver;

¹²⁷ Art. 357. CPC/15. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo: II - delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos;

¹²⁸ Art. 357. CPC/15. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo: III - definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373;

¹²⁹ Art. 357. CPC/15. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo: IV - delimitar as questões de direito relevantes para a decisão do mérito;

¹³⁰ Art. 311. CPC/15. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando: I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;

¹³¹ Art. 489. CPC/15. São elementos essenciais da sentença: § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

¹³² Art. 335. CPC/15. O juiz julgará antecipadamente o pedido, proferindo sentença com resolução de mérito, quando: I - não houver necessidade de produção de outras provas; II - o réu for revel, ocorrer o efeito previsto no art. 344 e não houver requerimento de prova, na forma do art. 349.

Por sua vez, às partes devem cooperação em relação ao juiz auxiliando nos esclarecimentos que forem necessários à resolução da controvérsia, como o previsto no art. 330, §1º, I, II, III e IV)¹³³, devem agir com boa-fé de acordo com o estabelecido no art. 5º do CPC/15¹³⁴.

Essas condutas cooperativas conferem eficiência, contribuindo para a contenção de litigiosidade.

2.2.2.2. Cooperação das partes entre si

Sobre o dever das partes cooperarem com seus adversários no processo, Pimenta destaca três doutrinadores que retratam de modo diverso o tema, apresentando o posicionamento de Daniel Mitidiero, de Fredie Didier Jr. e de Hermes Zaneti Jr.¹³⁵

Daniel Mitidiero defende que o modelo de cooperação previsto no CPC/15 é incompatível com a Constituição da República de 1988, pois somente seria aplicado em relação das partes com o juiz e do juiz com as partes, não cabendo as partes cooperarem entre si, pois possuem interesses opostos na relação jurídica¹³⁶.

De modo diverso Didier discorda da ideia de Mitidiero de que a cooperação somente permeia a relação dos juízes com as partes e vice-versa, mas não abarca a relação das partes entre si. Isso pode ser observado quando Didier retratar que “os deveres de cooperação são conteúdo

¹³³ Art. 330. CPC/15. A petição inicial será indeferida quando: § 1º Considera-se inepta a petição inicial quando: I - lhe faltar pedido ou causa de pedir; II - o pedido for indeterminado, ressalvadas as hipóteses legais em que se permite o pedido genérico; III - da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão; IV - contiver pedidos incompatíveis entre si.

¹³⁴ Art. 5º. CPC/15. Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

¹³⁵ PIMENTA, Henrique de Souza. *A cooperação no CPC-15: colaboração, comparticipação ou cooperação para o processo?* 2018. Dissertação (mestrado em Direito Processual) – Universidade Federal do Espírito Santo. 2018. Disponível em: <<http://www.direito.ufes.br/pt-br/pos-graduacao/PPGDIR/detalhes-de-pessoal?id=29509>> Acesso em: 08 jan. 2019. p. 106.

¹³⁶ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 55-63. Também nesse sentido, cf. CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Comentários ao novo código de processo civil*. V. 1. Curitiba: Editora: Juruá, 2015. p. 70.

de todas as relações jurídicas processuais que compõem o processo”, envolvendo “autor-réu, autor-juiz, juiz-réu, autor-réu-juiz, juiz-perito, perito-autor, perito-réu etc.”¹³⁷

Zaneti, de seu turno, complementa a linha de raciocínio apresentada por Didier, para concluir que o modelo cooperativo do CPC/15 preza por “um comportamento processual pautado por uma cooperação objetiva, com deveres de conduta, sancionáveis em caso de descumprimento”¹³⁸. No entanto, seu fundamento se distancia de Didier, já que entende que por esse modelo se exige “comportamentos objetivos de todos aqueles que participam do processo e que configura a cooperação para o processo”¹³⁹, e não cooperação entre os sujeitos processuais.

Como exemplo de possibilidades de cooperação das partes entre si, Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. apontam, em trabalho conjunto, a possibilidade desses se utilizarem da antecipação da produção da prova que “poderá ser utilizada de modo a servir como importante instrumento para a obtenção da autocomposição (artigo 381, II e III do)”¹⁴⁰. Os autores ¹⁴¹ exemplificam que se uma parte percebe que não possui um conjunto probatório mínimo, ela pode optar por sequer ajuizar demanda judicial, servindo a produção antecipada de prova como um freio para o ingresso com demandas infundadas. Com isso, a sua conclusão é de que a ampliação da possibilidade de produção antecipada de provas contribui para a formalização de acordos fundados na sua consciência da probabilidade de êxito sobre determinada contenda. Na perspectiva do réu, se a produção antecipada de provas indicar que o autor tem grande chance de êxito processual, esse traço predispõe o réu a ofertar uma proposta de acordo.

¹³⁷ DIDIER JR., Fredie. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coords). Comentários ao Novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 20.

¹³⁸ ZANETI JR., Hermes. CPC/15: o ministério público como instituição de garantia e as normas fundamentais processuais. Revista Jurídica Corregedoria Nacional. A atuação das corregedorias do ministério público. v. 2. Ano 2017. p. 137.

¹³⁹ ZANETI JR., Hermes. CPC/15: o ministério público como instituição de garantia e as normas fundamentais processuais. Revista Jurídica Corregedoria Nacional. A atuação das corregedorias do ministério público. v. 2. Ano 2017. p. 137-138.

¹⁴⁰ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Justiça Multiportas e Tutela Constitucional Adequada. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (orgs.). *Grandes Temas do Novo CPC: Justiça Multiportas*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 45.

¹⁴¹ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Justiça Multiportas e Tutela Constitucional Adequada. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (orgs.). *Grandes Temas do Novo CPC: Justiça Multiportas*. 2016. p. 46.

Outro fator que pode auxiliar o término mais célere do processo é a opção de uma das partes por não recorrer ao eliminar as dúvidas de seu insucesso com a ação. Como bem observa Érico Andrade: “Como o ajustamento de pontos importantes no processo se dá por meio do consenso, as partes tendem a não apresentar recursos contra decisões proferidas em tal contexto.”¹⁴²

O CPC/15 imputou às partes algumas condutas em conformidade com o modelo cooperativo adotado. Madureira destaca que compete às partes orientar uma decisão jurídica com o intuito de solucionar um conflito, contribuir para a duração razoável do processo e não criar embaraços à pretensão da parte contrária.¹⁴³

Desse modo, as partes devem expor os fatos conforme a verdade (Art. 77, I do CPC/15)¹⁴⁴, não formular pretensão ou formular defesa quando destituídas de fundamento (Art. 77, II do CPC/15)¹⁴⁵, não produzir provas ou praticar atos inúteis ou desnecessários no processo (art. 77, III do CPC/15)¹⁴⁶ e cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais não criando embaraços à sua efetivação (art. 77, IV do CPC/15)¹⁴⁷, declinar o endereço onde recebe intimações na primeira oportunidade (art. 77, V do CPC/15)¹⁴⁸ e não praticar inovação ilegal no estado de fato de bem ou objeto litigioso (art. 77, VI do CPC/15)¹⁴⁹.

Em caso de descumprimento do modelo cooperativo, pode ser aplicado multa por litigância de má-fé (art. 81, §1º do CPC/15¹⁵⁰), assim como o pagamento de indenização e despesas à parte

¹⁴² ÉRICO, Andrade. *As novas perspectivas do gerenciamento e da “contratualização” do processo*. In: Revista do Processo. São Paulo: RT, 2011, n. 193, p. 175.

¹⁴³ MADUREIRA, Claudio. *Fundamentos do Novo Processo Civil Brasileiro: o processo civil do formalismo-valorativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 207.

¹⁴⁴ Art. 77. CPC/15. I - expor os fatos em juízo conforme a verdade;

¹⁴⁵ Art. 77. CPC/15. II - não formular pretensão ou de apresentar defesa quando cientes de que são destituídas de fundamento;

¹⁴⁶ Art. 77. CPC/15. III - não produzir provas e não praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou à defesa do direito;

¹⁴⁷ Art. 77. CPC/15. IV - cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação.

¹⁴⁸ Art. 77. CPC/15. V - declinar, no primeiro momento que lhes couber falar nos autos, o endereço residencial ou profissional onde receberão intimações, atualizando essa informação sempre que ocorrer qualquer modificação temporária ou definitiva.

¹⁴⁹ Art. 77. CPC/15. VI - não praticar inovação ilegal no estado de fato de bem ou direito litigioso.

¹⁵⁰ Art. 81. CPC/15. De ofício ou a requerimento, o juiz condenará o litigante de má-fé a pagar multa, que deverá ser superior a um por cento e inferior a dez por cento do valor corrigido da causa, a indenizar a parte contrária pelos prejuízos que esta sofreu e a arcar com os honorários advocatícios e com todas as despesas que efetuou. § 1º Quando forem 2 (dois) ou mais os litigantes de má-fé, o juiz condenará cada um na proporção de seu respectivo interesse na causa ou solidariamente aqueles que se coligaram para lesar a parte contrária. § 2º Quando o valor da causa for irrisório ou inestimável, a multa poderá ser fixada em até 10 (dez) vezes o valor do salário-

contrária, caso tenha causado prejuízos, visto que é exigência de todos os que participam do processo se comportarem de acordo com a boa-fé (art. 5º do CPC/15)¹⁵¹.

2.2.3 Autocomposição

Na autocomposição os princípios da boa-fé processual e da cooperação se evidenciam de forma clara, tendo em vista as partes serem levadas a auxiliarem e cooperarem com todos os sujeitos processuais na busca por uma solução eficaz à questão litigiosa.

Observa-se que no CPC/15, a atividade jurisdicional deixa de ser muito mais do que uma mera subsunção do fato à legislação. Já não mais se admite a legitimidade do provimento jurisdicional consubstanciada no argumento de que o magistrado detém um conhecimento maior do que as partes e por isso a sua decisão é a mais justa. No modelo processual cooperativo instaurado o processo se encontra no centro da teoria, e por intermédio do respeito do diálogo das partes é que se acredita alcançar decisões mais céleres, justas e efetivas.

Uma das marcas do CPC/15 é o estímulo à autocomposição. Não por acaso, no rol de normas fundamentais do processo civil, estão os §§ 2º e 3º do artigo 3º do CPC em que se extrai o incentivo do Estado pela resolução consensual de conflitos que deve ser estimulada por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público.¹⁵²

Esse estímulo também pode ser observado em diversos dispositivos, como a previsão no artigo 334¹⁵³, sobre a audiência obrigatória de conciliação e mediação; o artigo 165¹⁵⁴, que estabelece que os tribunais criem centros judiciários e solução consensual de conflitos para

mínimo. § 3º O valor da indenização será fixado pelo juiz ou, caso não seja possível mensurá-lo, liquidado por arbitramento ou pelo procedimento comum, nos próprios autos.

¹⁵¹ Art. 5º. CPC/15. Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

¹⁵² Art. 3º, §2º. CPC/2015. O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual de conflitos. §3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial

¹⁵³ Art. 334. CPC/15. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

¹⁵⁴ Art. 165. CPC/15. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

estimular a autocomposição; o artigo 784, inciso IV do CPC/15 que considera como títulos executivos extrajudiciais o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela Advocacia Pública, pelos advogados dos transatores ou por conciliador ou mediador credenciado por tribunal; no artigo 190 do CPC/15 que possibilita a Fazenda Pública celebrar negócio jurídico, dentre diversos outros.

Acrescenta-se que o CPC/15 consolidou a importância no papel desempenhado pelos advogados públicos como é possível de se vislumbrar ao se analisar o artigo 174¹⁵⁵, que prevê a possibilidade de conflitos de interesses serem levados para as Câmaras de Mediação e Conciliação criadas no âmbito administrativo. Da mesma forma a Lei de 13.140/2015, foi criada de modo a incentivar à autocomposição, seja no âmbito extrajudicial ou judicial.

Mesmo antes da edição desses diplomas legais havia a Resolução 125/10 do CNJ, que já cuidava do assunto. Após, entraram em vigor o CPC/15 e a Lei de Mediação, sendo a Resolução alterada de modo a compatibilizá-los.

Tanto o CPC/15, a Lei 13.140/15, quanto a Resolução 125/10 do CNJ, disciplinam a autocomposição em seus diplomas normativos, objetivando, sobretudo, conferir maior efetividade aos métodos autocompositivos de resolução de conflitos, por meio da garantia do diálogo entre as partes e do desenvolvimento da oitiva das partes, em face à legitimidade da decisão judicial, trazida pela participação das partes na solução de suas lides. Tais diplomas normativos foram precursores na disciplina do emprego da autocomposição para a resolução de conflitos no ordenamento jurídico, advindo, o presente trabalho, no sentido de desenvolver tal temática, com ênfase sobre a estruturação administrativa da contratação de conciliadores e mediadores judiciais.

De acordo com dados auferidos pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) no ano-base de 2016, 11,9% das disputas foram resolvidas por acordo, mesmo com a entrada em vigor da Lei 13.140/15 e do CPC/15, o crescimento da autocomposição quando comparado com o ano-base de 2015, foi de oito décimos por cento. No ano-base de 2017, o índice subiu para 12,1%,

¹⁵⁵Art. 174. CPC/15: A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como: I - dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública; II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública; III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

o que representa um acréscimo de apenas três décimos por cento¹⁵⁶, o que indica que foi inexpressivo o cumprimento da determinação contida no artigo 3º do CPC/15, que visou promover os meios alternativos de resolução de conflitos. Com isso, ainda é possível dizer que este objetivo não foi implementado de modo efetivo.¹⁵⁷

O caminho para autocomposição, apesar de lento, aparenta ser recompensador, porque propicia a resolução de conflitos não apenas jurídicos, mas, também sociais. Nesse sentido Humberto Theodoro Júnior ressalta que, sem pressa, vai-se caminhando para processos e procedimentos em que a finalidade maior será a solução apropriada e justa para os conflitos jurídicos, fazendo com que, de fato, seja possível atenuar os conflitos sociais, exterminando a guerra judicial ao se contemplar a pacificação e a harmonização dos litigantes¹⁵⁸.

Com isso, o maior desafio é a ruptura de paradigmas para modificar a cultura de litigância judicial, e priorizando a autocomposição.

No prefácio da obra “*Justiça Multiportas: Mediação, Conciliação, Arbitragem, e outros meios de solução adequada de conflitos*”, Zaneti Júnior e Cabral destacam sobre os efetivos benefícios da autocomposição, dissertando que a resolução de conflitos por outras formas que não à judicial estatal traz muito mais benefícios que problemas, enfatizando que o maior benefício seria a adequação que os mecanismos não adversariais e extra estatais são capazes de proporcionar à solução da controvérsia, procedendo na satisfação do jurisdicionado e na restauração da convivência social entre os envolvidos no conflito, tendo ainda, como efeitos reflexos, a facilitação da execução, muitas vezes com adimplemento espontâneo do litígio, a execução imediata das medidas adotadas, a possibilidade de diminuição de demandas judiciais com o advento de uma cultura de pacificação a ser estimulada na sociedade que poderia atingir positivamente empresas, o Estado e o cidadão¹⁵⁹.

¹⁵⁶ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Relatório Justiça em números 2018* (ano-base 2017). Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/09/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df25.pdf>>, acesso em: 07 fev. 2019, fl. 136.

¹⁵⁷ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Relatório Justiça em números 2017* (ano-base 2016). Brasília: CNJ, 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/09/e5b5789fe59c137d43506b2e4ec4ed67.pdf>>, acesso em: 07 ago. 2018, fl. 16.

¹⁵⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 6.

¹⁵⁹ ZANETI JÚNIOR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Justiça Multiportas: Mediação, Conciliação, Arbitragem, e outros meios de solução adequada de conflitos*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 8.

Ricardo Goretti alude à importância conferida pelo CPC/15 aos métodos autocompositivos ao mencionar que o CPC/15, especialmente em seu artigo 3º, conferiu à mediação e outras práticas autocompositivas um majorado estímulo, tratando dessas no capítulo sobre as normas fundamentais do processo civil, diante da existência, *agora*, de um efetivo *dever de estímulo* à utilização de tais ferramentas de resolução consensual de conflitos, tratando-se de obrigação que recai não apenas sobre o Estado (§2º do artigo 3º do CPC/15), mas também sobre juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, nos âmbitos judicial e extrajudicial (§2º do artigo 3º do CPC/15), admitindo se tratar de um dever de ordem institucional.¹⁶⁰

O artigo 165 do CPC/15 também constitui a autocomposição quando estabelece efetivamente que: “Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.” Ademais, o artigo 784, inciso IV do CPC/15 também busca a autocomposição quando considera que “São títulos executivos extrajudiciais: IV - o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela Advocacia Pública, pelos advogados dos transatores ou por conciliador ou mediador credenciado por tribunal.”

A opção tomada pelas políticas públicas de preferencialmente buscar a autocomposição se encontra positivada em diversos enunciados do CPC/15, como, por exemplo, a previsão do artigo 334 do CPC que dispõe sobre a audiência obrigatória de conciliação e mediação, quando afirma que “se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência”. Trata-se de uma importante alteração no procedimento comum promovido pelo CPC/15.

Todo este aparato normativo tendente a estimular a autocomposição visa, essencialmente, reduzir a morosidade do Judiciário, atuando por meio de métodos adequados como remédios para a crise do Judiciário, tendo a autocomposição, de acordo com Daniela Monteiro Gabbay

¹⁶⁰ GORETTI, Ricardo. *Mediação e acesso à justiça*. Salvador: JusPodivm, 2016. p.289.

outras motivações, como desenvolver uma passagem e válvula de escape aos meios autocompositivos no Judiciário, efetivar uma nova alternativa que promova o acesso à justiça, por meio dos meios autocompositivos, compreendia não somente como um acesso formal ao Judiciário, diminuir a morosidade do Judiciário, operando por meio de métodos alternativos como solução à crise do Judiciário, processar novas controvérsias (litigiosidade contida ou reprimida), já que a mediação agenciaria grande visibilidade à parcela dos conflitos antes ofuscadas pela demanda judicial, estimular a utilização da mediação, com o propósito de que se conte com a confiança das partes em relação ao Judiciário, em sua legitimidade, aquém do estabelecimento e de regras sobre seu funcionamento, destinação de recursos orçamentários aos programas/setores de mediação e conciliação, reconhecer os limites do Judiciário para que um papel pedagógico possa ser desempenhado diante dos juízes, das partes e dos advogados quanto à opção de técnica compositiva mais apropriada a cada conflito com o objetivo de determinar todos os litígios e a necessidade de transformação da mentalidade do litigante.¹⁶¹

Em termos práticos, por meio da autocomposição se efetiva a diminuição da judicialidade dos conflitos, e o acesso à uma ordem jurídica justa.

¹⁶¹ GABBAY, Daniela Monteiro. *Mediação e Judiciário no Brasil e nos EUA: condições, desafios e limites para a institucionalização da Mediação no Judiciário*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 63 e 64.

3 CONCILIADORES E MEDIADORES JUDICIAIS

Esse trabalho enfoca, tão somente, conciliadores e mediadores judiciais (corte metodológico). Sua contratação precisa observar os modelos-tipo especificados pelo CPC/15, que prevê a utilização de servidores efetivos (art. 167, §6º), terceirizados para compor o cadastro dos tribunais (art. art. 167, § 3º) ou indicados pelas partes (art. 168).

Essa é uma exigência do princípio administrativo da legalidade, previsto no art. 37, *caput*, da CR/88, a “administração pública só pode agir se houver lei autorizando ou determinando a conduta”, isto é, “o desenvolvimento das atividades administrativas está subordinado à lei, o que significa que a Administração apenas pode agir se houver legitimidade – leia-se lei”.¹⁶² Logo, na ausência de lei autorizativa, o Estado deve se abster de praticar determinada conduta.

Nesse aspecto reside a diferenciação entre o princípio da legalidade para a Administração Pública e para o particular. No caso do particular “tudo é permitido, desde que não haja proibição legal em sentido contrário”¹⁶³. Este possui o fundamento no art. 5º, II da CR/88.

Quando se retrata sobre a estruturação administrativa da contratação de conciliadores e mediadores judiciais deve restar claro que o Poder Judiciário também é Administração Pública quando atua com atividades de contratação e remuneração desses auxiliares da justiça, pois nessa hipótese exercem atividades inerentes à administração pública e, portanto, sujeitas ao controle dos órgãos fiscalizatórios como o Tribunal de Contas e Ministério Público.

Para tanto, aborda-se sobre os temas relativos ao problema do custeio da autocomposição, à ausência de recursos financeiros e das vedações de gastos impostas pela Lei 101/2000, conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal e à obrigatoriedade da terceirização para os tribunais com dificuldades em atender os limites de gasto com pessoal impostos por essa lei.

¹⁶² COUTINHO, Alessandro Dantas; RODOR, Ronald Krunger. *Manual de Direito Administrativo*. Salvador: Juspodivm, 2018. p.75.

¹⁶³ COUTINHO, Alessandro Dantas; RODOR, Ronald Krunger. *Manual de Direito Administrativo*. Salvador: Juspodivm, 2018. p.75.

3.1 MODELOS DE CONTRATAÇÃO PROPOSTOS PELO CPC/15

O CPC/15 confere aos tribunais, como alternativa para cumprir a demanda dos jurisdicionados por conciliadores e mediadores judiciais a opção pela criação de quadro próprio de conciliadores e mediadores preenchidos por concurso de provas e títulos (art. 167, §6º), ficando autorizada a contratação de servidores efetivos via concurso público, desde que para compor quadro próprio. A lei processual também admite a terceirização desses profissionais seja para a composição de cadastro (art. 167, §3º), seja mediante a designação de conciliadores e mediadores indicados pelas partes (art. 168).

O mesmo diploma também menciona sobre o Cadastro Nacional de Mediadores Judiciais e Conciliadores, desenvolvido pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), capaz de realizar a manutenção de um cadastro desses facilitadores, contribuindo, assim, com os tribunais que não possuem cadastros estaduais, fazendo com que o banco de dados nacional possibilite às partes a escolha de mediadores com base nas suas avaliações de desempenho e no seu patamar de remuneração, estando as avaliações dos trabalhos disponíveis para consulta pública¹⁶⁴. Este cadastro foi regulamentado pelo CPC/15 e também pela Emenda 2, que atualizou a Resolução CNJ 125/10, adequando o Judiciário às novas leis que consolidam o tema no país.

3.1.1 Servidores efetivos

O artigo 167, §6º do CPC/15 dispõe que “o tribunal poderá optar pela criação de quadro próprio de conciliadores e mediadores, a ser preenchido por concurso público de provas e títulos, observadas as disposições deste Capítulo”. Ademais, o artigo 7º da Resolução 125/10 do CNJ, prevê em seu § 4º com a redação dada pela Emenda 2 de 08.03.2016, que os tribunais poderão, nos termos do artigo 167, § 6º, do Código de Processo Civil de 2015, excepcionalmente e desde que inexistente quadro suficiente de conciliadores e mediadores judiciais atuando como auxiliares da justiça, optar por formar quadro de conciliadores e mediadores admitidos mediante concurso público de provas e títulos.

¹⁶⁴ Disponível no sítio eletrônico: <<https://www.cnj.jus.br/ccmj/>>

Logo, a contradição de conciliadores e mediadores judiciais diretamente vinculados à Administração Pública devem ser feita mediante prévia aprovação em concurso público, instaurando para preencher cargos específicos de facilitadores. Portanto, não há espaço para a atribuição dessa atividade a servidores comissionados, que de resto apenas podem atuar, tendo em vista o disposto no artigo 37, V, da Constituição da República de 1988 em funções de direção, chefia e assessoramento¹⁶⁵, entre os quais claramente não se inserem os conciliadores e mediadores judiciais.

Importante frisar a desnecessidade de uma vedação explícita nesse sentido, tendo em vista a lei já determinar a obrigatoriedade de os mediadores e conciliadores, quando servidores públicos, terem sido efetivados mediante concurso público para cargo próprio de facilitadores, assegurando, assim, a impossibilidade de servidores comissionados, bem como estagiários exercerem funções de mediadores e conciliadores judiciais.

Quanto a (im)possibilidade de estagiário conciliar e mediar judicialmente, insta destacar a exigência de mediadores e conciliadores judiciais terem concluído curso de graduação validado pelo MEC.

A respeito de estagiários voluntários, esses só podem atuar nos métodos autocompositivos dando suporte aos conciliadores e mediadores judiciais concursados ou terceirizados. Ou seja, é vedada a participação deles como facilitadores de modo autônomo.

No que se refere a contratação de estagiário de ensino superior para atuar autonomamente como facilitadores, é primordial mencionar que há entendimento do CNJ no sentido de que poderão atuar como conciliadores judiciais, desde que sejam capacitados conforme determina a Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), ou supervisionados por professores capacitados como instrutores¹⁶⁶. Segundo o posicionamento, tem-se que os estagiários de ensino superior poderão atuar como conciliadores judiciais, não havendo essa vedação

¹⁶⁵ Art. 37. CR/88. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

¹⁶⁶ CNJ. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84465-cnj-amplia-o-rol-de-pessoas-que-podem-atuar-como-conciliadores-de-justica>>. Acesso em 09 de julho de 2018.

expressa no CPC/15, sequer na Resolução 125/2010 do CNJ que somente exigem a formação em curso superior. Porém, quanto à mediação judicial, restam indagações visto que, essa prevê que somente profissionais formados há mais de 2 anos poderiam mediar judicialmente, artigo 11 da Lei 13.140/15.¹⁶⁷

A 35ª Sessão Extraordinária do Conselho Nacional de Justiça, em 14 de março de 2017, julgou com unanimidade na confirmação da liminar concedida pelo conselheiro Rogério Nascimento em consulta realizada pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, pelo entendimento de que estudante de ensino superior, desde que devidamente capacitado nos termos da lei, podem conciliar judicialmente, mas não mediar judicialmente.¹⁶⁸

O Conselho, por unanimidade, ratificou a liminar, nos termos do voto do Relator, sobre a possibilidade de estudantes de ensino superior, ainda não graduados, atuarem como conciliadores judiciais, tendo o Relator, o Ministro ROGÉRIO SOARES DO NASCIMENTO, lembrando que sobre tal tema, a Comissão Permanente de Acesso à Justiça já havia elaborado parecer fixando o entendimento, de que a obrigatoriedade dos dois anos de formação não se aplica ao instituto da conciliação, tal como acontece na mediação, razão pela qual estudantes ainda não graduados podem atuar como conciliadores desde que devidamente capacitados, na forma do Anexo I da Resolução 125/2010, afirmando ainda, que os estudantes que não realizaram curso de conciliação não podem atuar como conciliadores judiciais sem supervisão de um professor capacitado para tal¹⁶⁹.

Em que pese o posicionamento acima referendado, afasta-se normativamente a possibilidade de estagiários, ainda que de ensino superior, atuarem na mediação judicial, e até mesmo na conciliação judicial, visto que não há hipótese normativa que permita essa modalidade de contratação, o que implicaria em violação das possibilidades de contratação previstas pela

¹⁶⁷Art. 11. Lei 13.140/15. Poderá atuar como mediador judicial a pessoa capaz, graduada há pelo menos dois anos em curso de ensino superior de instituição reconhecida pelo Ministério da Educação e que tenha obtido capacitação em escola ou instituição de formação de mediadores, reconhecida pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - ENFAM ou pelos tribunais, observados os requisitos mínimos estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça.

¹⁶⁸CNJ. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84465-cnj-amplia-o-rol-de-pessoas-que-podem-atuar-como-conciliadores-de-justica>>. Acesso em 09 de julho de 2018.

¹⁶⁹CNJ. Voto disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/InfojurisI2/downloadDocumento.seam;jsessionid=FF9E9BA00BDF120A4AAC3DED0E62E4F5?fileName=0007324-12.2016.2.00.0000&numProcesso=0007324-12.2016.2.00.0000&numSessao=35%C2%AA+Sess%C3%A3o+Extraordin%C3%A1ria&idJurisprudencia=48430&decisao=false>> Acesso em 08 de julho de 2018.

Administração Pública, seja ela de servidores efetivos para exercício de quadro próprio de facilitadores, seja de mediadores e conciliadores judiciais terceirizados ou indicados pelas partes, como será analisado nos subtópicos adiante expostos.

Ainda, sobre a necessidade de esses facilitadores ocuparem quadro de carreira próprio, conforme ensinamentos de Fernanda Medina Pantoja caso os tribunais contratem servidores públicos para conciliarem e mediarem “*a mens legis*, parece ter sido a de criar uma carreira que não fosse conciliável com outros cargos.”¹⁷⁰

Nesse sentido, em 19 de junho de 2018 o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) decidiu durante a 274ª Sessão Plenária que servidores públicos do Poder Judiciário não podem ser mediadores extrajudiciais, mesmo que em comarca diversa.

O conselheiro Schiefler entendeu, em seu voto, que a mera presença, em procedimento privado de mediação extrajudicial, de servidor dos quadros do Poder Judiciário na condição de mediador acaba por ensejar nos participantes uma injusta expectativa de benefício ou desvantagem na hipótese de a demanda ser levada à Justiça, em caso de um acordo frustrado. (...) Em outras palavras, é inevitável que as empresas e os consumidores que hoje participam de procedimento de mediação em determinada região encontrem-se algum tempo depois, em comarca distinta, no polo ativo ou passivo de ações judiciais, disse.¹⁷¹

Tal decisão também objetiva a preservação dos princípios da imparcialidade dos mediadores e conciliadores judiciais, impessoalidade, isonomia e moralidade administrativa.

3.1.2 Terceirização

No caso de não serem contratados conciliadores e mediadores judiciais via concurso público para compor quadro próprio, o ordenamento jurídico brasileiro, autoriza a contratação desses auxiliares da justiça como terceirizados, sejam eles parte do cadastro de conciliadores e mediadores judiciais, ou, sejam eles indicados pelas partes.

¹⁷⁰ PANTOJA, Fernanda Medina. Comentários ao art. 169. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 299.

¹⁷⁰ VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas*. São Paulo: Editora Método, 2015. p. 168.

¹⁷¹ CNJ. *Servidores não podem atuar como mediadores extrajudiciais*. 2018. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/87044-servidores-nao-podem-atuar-como-mediadores-extrajudiciais-diz-cnj-2> Acesso em: 07 de julho de 2018.

Relativamente sobre a forma de contratação dos mediadores e conciliadores judiciais terceirizados é necessário fazer uma análise sobre as normas que regem essa temática, especialmente no que atine à compatibilização do Direito Processual às normas do Direito Administrativo.

3.1.2.1 Cadastro de conciliadores e mediadores judiciais

O CPC/15 criou o Cadastro Nacional de Mediadores Judiciais e Conciliadores - CCMJ, desenvolvido pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por meio do qual se realiza a manutenção de um registro de conciliadores e mediadores em um banco de dados nacional, estando as avaliações dos trabalhos desses profissionais disponíveis para consulta pública, assim como suas avaliações de desempenho e patamar remuneratório.

Desta forma, os conciliadores e mediadores judiciais e as câmaras privadas de conciliação e mediação para serem habilitados a atuarem como auxiliares da justiça deverão ter seus registros no cadastro nacional e em cadastro de tribunal de justiça ou tribunal regional federal, nos termos do artigo 167 do CPC/15, sendo esse cadastro gerido pelo CNJ em conjunto com o Ministério da Justiça, devendo conter nesse cadastro a indicação da área de atuação do profissional.¹⁷²

A administração do CCMJ compete aos tribunais Estaduais e Federais, órgãos responsáveis pela aprovação ou pelo indeferimento dos pedidos de inscrição efetuados diretamente pelos interessados que desejam atuar em sua jurisdição, devendo a parte interessada se cadastrar como mediador judicial, conciliador ou câmara privada no portal do CCMJ no sítio eletrônico do CNJ ou dos tribunais, atendendo os campos obrigatórios e anexando os documentos solicitados, devendo, a partir disso, aguardar a resposta do tribunal para o qual foi feito o pedido sobre a aprovação ou não de seu cadastro¹⁷³.

¹⁷² Art. 167. CPC/15. Os conciliadores, os mediadores e as câmaras privadas de conciliação e mediação serão inscritos em cadastro nacional e em cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal, que manterá registro de profissionais habilitados, com indicação de sua área profissional.

¹⁷³ CNJ. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/conciliacao-e-mediacao-portal-da-conciliacao/perguntas-frequentes/cadastro-nacional-de-mediadores-judiciais-e-conciliadores-ccmj>> Acesso em 12 de agosto de 2018.

Quanto à forma de contratação de conciliadores e mediadores judiciais, importante frisar que embora o CEJUSC possua, ao menos, um servidor capacitado na triagem e indicação das partes acerca de qual seria o método adequado indicado (artigo 9º, §2º da Resolução 125/10 do CNJ¹⁷⁴), a escolha efetiva sobre qual método perquirir compete às partes¹⁷⁵. Isso em consonância com o princípio da autonomia da vontade das partes, e embasada no próprio guia de conciliação e mediação do CNJ que prevê que “a parte disporá de elementos suficientes para exercer a escolha consciente da técnica mais adequada ao seu conflito, pois embora a indicação do método caiba ao juiz, serventuário ou técnico, a sua escolha cabe às partes.”¹⁷⁶

Ao servidor da triagem compete grande responsabilidade no esclarecimento às partes sobre as peculiaridades de cada método, principalmente quando as partes se encontrarem desassistidas de advogado. Há casos em que o processo se inicia com um determinado método, por exemplo, conciliação judicial, e no curso processual, se verifica que é mais vantajosa a aplicação de técnicas de outro método, como a mediação judicial. Nessas hipóteses, aos advogados, aos facilitadores e aos juízes, quando for o caso, competem o dever de informação sobre essa possibilidade e vantagens e desvantagens.

No que se refere à capacitação profissional, através dos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMECs) os tribunais são responsáveis pela criação dos cursos de capacitação.

Os NUPEMEC's são “coordenados por magistrados e compostos por magistrados da ativa ou aposentados e servidores, preferencialmente atuantes na área”, segundo o artigo 7º, *caput*, da Resolução 125/10 com a redação dada pela Emenda 2/16.¹⁷⁷

¹⁷⁴ Art. 9º. § 2º. Resolução 125/10 do CNJ. Os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais deverão assegurar que nos Centros atue ao menos 1 (um) servidor com dedicação exclusiva, capacitado em métodos consensuais de solução de conflitos, para a triagem e encaminhamento adequado de casos. (Redação dada pela Emenda nº 2, de 08.03.16)

¹⁷⁵ Desse apontamento se extrai a importância do papel do advogado assessorar a parte sobre qual método seria o adequado para a solução do conflito. Sobre o assunto vide: MAZZEI, Rodrigo Reis; CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis. Breve ensaio sobre a postura dos atores processuais em relação aos métodos adequados de resolução de conflitos. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (orgs.). *Grandes Temas do Novo CPC: Justiça Multiportas*. Salvador: JusPodivm, 2016.

¹⁷⁶ CNJ. *Guia de conciliação e mediação*: Orientações para implantação de CEJUSCs. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/1818cc2847ca50273fd110eafdb8ed05.pdf>. Acesso em 02 de agosto de 2018. p. 17.

¹⁷⁷ Art. 7º. Resolução 125/10. Os tribunais deverão criar, no prazo de 30 dias, Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (Núcleos), coordenados por magistrados e compostos por magistrados da ativa ou aposentados e servidores, preferencialmente atuantes na área, com as seguintes atribuições, entre outras: (Redação dada pela Emenda nº 2, de 08.03.16)

Segundo informações contidas na Guia de conciliação e mediação do CNJ “a maior parte dos tribunais tem contado com instrutores formados pelo próprio CNJ para capacitarem mediadores e conciliadores.”¹⁷⁸,

Nos CEJUSC’s, Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, competem aos juízes coordenadores a gestão dos servidores que realizarão a triagem dos casos, e a inclusão, exclusão e acompanhamento da capacitação e atuação dos conciliadores e mediadores¹⁷⁹.

Para os conciliadores e mediadores serem incluídos no cadastro nacional e do tribunal de justiça ou do tribunal regional federal, esses devem possuir não só o certificado de conclusão do curso de capacitação fornecido por entidade credenciada, como também cumprir com os demais critérios estabelecidos, de acordo com o artigo 9º, anexo I, da Resolução 125/10 do CNJ, artigo 167 do CPC/15 e artigo 11 da Lei 13.140/15. Esse cadastro conterá informações como a indicação da área de formação desse profissional (artigo 167, *caput*, CPC/15) “e especialização” segundo Humberto Dalla Bernardina de Pinho.¹⁸⁰

O juiz coordenador da CEJUSC, cumprindo as diretrizes do NUPEMEC do tribunal a que se vincula, é responsável pelo cadastro de mediadores e conciliadores.

Luciane Moessa¹⁸¹ disserta que os mediadores devem ser aptos a atuarem como administradores do conflito entre as partes, exercendo a efetiva gestão do processo, no controle e na condução adequada ao fim pretendido. O mediador, pela sua função, precisará assumir toda responsabilidade pela condução ética do processo, conduzindo aos fins aos quais se almeja.

¹⁷⁸ CNJ. *Guia de conciliação e mediação*: Orientações para implantação de CEJUSCs. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/1818cc2847ca50273fd110eafdb8ed05.pdf>. Acesso em 02 de agosto de 2018. p. 18.

¹⁷⁹ CNJ. *Guia de conciliação e mediação*: Orientações para implantação de CEJUSCs. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/1818cc2847ca50273fd110eafdb8ed05.pdf>. Acesso em 02 de agosto de 2018. p. 17.

¹⁸⁰ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Comentários ao art. 167. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro de; FREIRE, Alexandre. (Coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 251.

¹⁸¹ DE SOUZA, Moessa Luciane. *Mediação de conflitos: novo paradigma de Acesso à Justiça*. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2015.

Conforme informação contida na guia de mediação e conciliação do CNJ, psicólogos, assistentes sociais e demais servidores da ativa do Poder Judiciário podem atuar como conciliadores e mediadores judiciais terceirizados para compor o cadastro, desde que observado alguns critérios como a capacitação e cadastro junto ao CEJUSC; atuação em horário diverso com o de trabalho; e vedação de atuarem nas causas em que mediarão e conciliaram.¹⁸²

Esta capacitação também deve ser realizada pelos conciliadores judiciais sejam servidores efetivos pertencentes ao quadro de mediadores e conciliadores, sejam terceirizados credenciados. Quanto aos conciliadores e mediadores indicados pelas partes, por força do princípio da autonomia da vontade não será necessário esses facilitadores se submeterem a essa capacitação, tendo em vista que foram escolhidos por livre concordância entre as partes através da celebração de um negócio jurídico processual.

Quanto à formalidade de contratação desse terceirizados para compor o cadastro do tribunal, essa será analisada no tópico 4.2.2.1.

3.1.2.2 Conciliadores e mediadores judiciais indicados pelas partes

O art. 168 do CPC/15 retrata ainda a possibilidade que as partes possuem em escolher, desde que em comum acordo, o conciliador, mediador ou a câmara privada de conciliação e de mediação.¹⁸³ Essa indicação corporifica um negócio jurídico processual firmado por elas, com fulcro no princípio da autonomia da vontade.

A celebração dessa convenção processual é fruto de uma concepção de um modelo procedimental flexível e adaptável que a depender do conflito exige uma providência diversa para a preservação do resultado do processo.¹⁸⁴ Dessa maneira, o processo deve servir ao

¹⁸² CNJ. *Guia de conciliação e mediação*: Orientações para implantação de CEJUSCs. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/1818cc2847ca50273fd110eafdb8ed05.pdf>. Acesso em 02 de agosto de 2018. p. 28/30.

¹⁸³ Art. 168. CPC/15. As partes podem escolher, de comum acordo, o conciliador, o mediador ou a câmara privada de conciliação e de mediação.

¹⁸⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. Influência do direito material sobre o processo. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 74.

direito material e aos objetivos do processo, devendo o Estado interferir o mínimo possível nas determinações estatuídas pelas partes, devendo o processo regular o que for imprescindível para uma boa condução do feito, de modo a ordenar o processo.”¹⁸⁵

Em que pese já existir disposições esparsas no CPC/73 sobre convenção processual das partes, a exemplo, a possibilidade das partes transigirem (artigo 331), a possibilidade das partes pedirem suspensão processual (artigo 265), a cláusula de eleição de foro (artigo 111), essa teve destaque no CPC/15 ao ser instituída uma cláusula geral de celebração de negócios jurídicos processuais atípicos prevista no artigo 190¹⁸⁶, e ainda, ao exaltar a cooperação das partes e do juiz nesses ajustes. Segundo Érico Andrade, essa flexibilização procedimental conjunta “no mínimo, abre o processo para uma perspectiva mais democrática na sua condução, que passa a ser não apenas unilateral, imposta pelo Estado-juiz.”¹⁸⁷

Assim, as partes conduzirão o processo conforme considerarem mais adequado, sendo permitido a essas convencionar, desde que observados alguns requisitos, como: capacidade das partes; objeto lícito; forma prescrita ou não proibida por lei¹⁸⁸. Se descumpridos esses requisitos poderá ser decretada de ofício a invalidade pelo magistrado.

Quanto a esse controle judicial sobre a autocomposição, somente a título de clarificar cabe fazer breve diferenciação entre o tratamento conferido nas demandas individuais em contraponto ao concedido nas demandas coletivas.

Nas ações individuais é mais comum que as partes litiguem sobre direitos disponíveis, por isso, via de regra, não incide o controle judicial. Por outro viés, as ações coletivas, quando presente o interesse público, é necessário tutela jurisdicional, sendo imprescindível a publicidade para participação do público que possa vir a ser afetado com a autocomposição e

¹⁸⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 173.

¹⁸⁶ Art. 190. CPC/15. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

¹⁸⁷ ÉRICO, Andrade. *As novas perspectivas do gerenciamento e da “contratualização” do processo*. In: Revista do Processo. São Paulo: RT, 2011, n. 193, p. 174.

¹⁸⁸ Art. 104. CC/02. A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei.

a intervenção obrigatória do Ministério Público, seja como autor, ou *custus legis*, distinção também abordada por Fredie Didier Junior e Hermes Zaneti Jr.¹⁸⁹

O art. 190, *caput*, e parágrafo único do CPC/15 retrata que diante de casos que admitam a autocomposição as partes podem criar convenções de flexibilização procedimental, sendo permitido ao juiz o controle da validade da convenção, podendo recusar aplicação diante de: a) nulidade; b) inserção abusiva em contrato de adesão; c) se alguma parte se encontrar em manifesta vulnerabilidade.¹⁹⁰

Sobre a capacidade das partes o art. 190 trata da capacidade processual, porém, se a convenção tiver sido celebrada em momento anterior ao processo também é necessária a capacidade material no momento da celebração da convenção.

Acrescenta-se que a invalidade também pode advir pela celebração de um negócio jurídico simulado, em consonância com o art. 167 do CC/02.¹⁹¹ Todavia, não há que se falar em invalidade “se não houver prejuízo, se for possível aproveitá-lo ou se a finalidade for alcançada”.¹⁹² Essa compreensão é a mesma da prevista no enunciado 16 do Fórum Permanente de Processualistas Civil ao analisar o art. 190, parágrafo único do CPC/15: “O controle dos requisitos objetivos e subjetivos de validade da convenção de procedimento deve ser conjugado com a regra segundo a qual não há invalidade do ato sem prejuízo.”¹⁹³.

¹⁸⁹ DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. Justiça Multiportas e Tutela Constitucional Adequada. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (orgs.). *Grandes Temas do Novo CPC: Justiça Multiportas*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 54.

¹⁹⁰ Art. 190. CPC/15. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

¹⁹¹ Art. 167. CC/02. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma. § 1º Haverá simulação nos negócios jurídicos quando: I - aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem; II - contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira; III - os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados.

¹⁹² CUNHA, Leonardo Carneiro da. Comentários ao art. 190. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 325.

¹⁹³ Disponível em: <https://www.novocpcbrasileiro.com.br/enunciados-interpretativos-sobre-o-novo-cpc-do-fppc/> Acesso em: 26/07/2018.

Também do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis se extrai através do enunciado 132 que “além dos defeitos processuais, os vícios da vontade e os vícios sociais podem dar ensejo à invalidação dos negócios jurídicos atípicos do artigo 190.”

Quanto ao objeto dessa convenção processual, ao se comparar a letra da lei do art. 168 do CPC/15, art. 25 da Lei 13.140/15, e art. 8º da Resolução 125/10 do CNJ, aparenta existir uma incompatibilidade normativa a respeito dessa possibilidade de escolha pelas partes, bem como se esses auxiliares da justiça escolhidos em comum acordo pelas partes também deveriam constar cadastro no tribunal.

O art. 168, *caput*, §1º e 2º do CPC/15 prevê que as partes podem escolher o mediador e/ou conciliador na esfera judicial, desde que em comum acordo, não havendo a obrigatoriedade do cadastro desses no tribunal.¹⁹⁴

Por outra via, o art. 25 da Lei 13.140/15 concebe que na mediação judicial, os mediadores não dependem de prévia aceitação das partes, salvo nas hipóteses de impedimento e suspeição¹⁹⁵.

E, ainda, o art. 8º da Resolução 125/10 do CNJ, com a Redação dada pela Emenda 2/16, indica que as audiências de conciliação e mediação judiciais devem ser realizadas por conciliadores e mediadores cadastrados pelo tribunal, com a supervisão do juiz coordenador do Centro¹⁹⁶. Além de prever que para facilitar escolha dos mediadores, o cadastro nacional de mediadores e conciliadores judiciais deverá conter informações sobre estatísticas elaboradas segundo parâmetros do Comitê Gestor de Conciliação¹⁹⁷

¹⁹⁴ Art. 168. CPC/15. As partes podem escolher, de comum acordo, o conciliador, o mediador ou a câmara privada de conciliação e de mediação. § 1º O conciliador ou mediador escolhido pelas partes poderá ou não estar cadastrado no tribunal. § 2º Inexistindo acordo quanto à escolha do mediador ou conciliador, haverá distribuição entre aqueles cadastrados no registro do tribunal, observada a respectiva formação.

¹⁹⁵ Art. 25. Lei 13.140/15. Na mediação judicial, os mediadores não estarão sujeitos à prévia aceitação das partes, observado o disposto no art. 5º desta Lei.

¹⁹⁶ Art. 8º. Resolução 125/10. Os tribunais deverão criar os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (Centros ou Cejuscs), unidades do Poder Judiciário, preferencialmente, responsáveis pela realização ou gestão das sessões e audiências de conciliação e mediação que estejam a cargo de conciliadores e mediadores, bem como pelo atendimento e orientação ao cidadão. (Redação dada pela Emenda nº 2, de 08.03.16). § 1º As sessões de conciliação e mediação pré-processuais deverão ser realizadas nos Centros, podendo, as sessões de conciliação e mediação judiciais, excepcionalmente, serem realizadas nos próprios Juízos, Juizados ou Varas designadas, desde que o sejam por conciliadores e mediadores cadastrados pelo tribunal (inciso VII do art. 7º) e supervisionados pelo Juiz Coordenador do Centro (art. 9º). (Redação dada pela Emenda nº 2, de 08.03.16).

¹⁹⁷ Art. 8º. Resolução 125/2010. § 10. O Cadastro Nacional de Mediadores Judiciais e Conciliadores conterá informações referentes à avaliação prevista no parágrafo anterior para facilitar a escolha de mediadores, nos termos do art. 168, *caput*, do Novo Código de Processo Civil combinado com o art. 25 da Lei de Mediação. (Incluído pela Emenda nº 2, de 08.03.16).

Sobre a possibilidade das partes escolherem os mediadores e conciliadores judiciais cabe mencionar que a Lei de Mediação é omissa quanto a essa possibilidade, visto que apesar do art. 25 desse diploma dispor que os mediadores não dependem de prévia aceitação das partes, uma interpretação sistemática seja dentro da própria lei¹⁹⁸ ou dentro do CPC/15 e resolução 125/10 do CNJ indica que esse dispositivo se refere à situação de inexistência de comum acordo entre as partes, caso em que essas deverão se submeter ao profissional designado pelo magistrado.

A conclusão é a mesma caso seja utilizada uma interpretação com base no princípio da autonomia da vontade “entendido em sentido *lato sensu*”¹⁹⁹, já que as partes poderão convencionar o profissional que pretendem eleger para auxiliar na resolução de suas controvérsias, desde que estejam em comum acordo.

As partes podem fazer a escolha desses facilitadores para atuarem no processo judicial, desde o primeiro momento em que se manifestam no processo, ou, logo que marcada a sessão prevista no artigo 334 do CPC/15, e após o juiz designar o profissional que consta no cadastro na lista dos tribunais, para atuar na mediação e conciliação. Às partes é conferida a possibilidade de indicar profissional diverso na condução da autocomposição judicial²⁰⁰. Se, houver consenso entre essas quanto ao profissional a atuar mediando ou conciliando judicialmente, poderá ser remarcada a audiência conforme a disponibilidade do auxiliar escolhido.

Da mesma maneira sustenta Fernanda Medina Pantoja²⁰¹: “reservar-se-á às partes, contudo, por força do princípio da autonomia da vontade, o direito de eleger, de comum acordo, outro mediador (inclusive algum não cadastrado).” Carlos Eduardo de Vasconcelos também entende

¹⁹⁸ Art. 4º. Lei 13.140/15. Art. 4º O mediador será designado pelo tribunal ou escolhido pelas partes.

¹⁹⁹ PANTOJA, Fernanda Medina. Comentários ao art. 166. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 294.

²⁰⁰ Aqui se faz um adendo acerca da compreensão de alguns autores que a Lei de Mediação teria revogado o CPC/15, não devendo ocorrer essa distribuição aleatória e alternativa, e sim uma escolha com base em critérios de merecimento, tendo sido uma sugestão do 2º Fórum Nacional de Conciliação e Mediação realizado em São Paulo que autor e réu sugerissem dez nomes de conciliadores ou mediadores na tentativa de encontrar algum em consenso entre esses, através de sucessivas tentativas, tão quanto fossem necessárias, e que diante do insucesso poderia ter ser designada uma audiência para escolha do profissional. (CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Análise Comparativa entre a Lei de Mediação e o CPC/15*. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (orgs.). *Grandes Temas do Novo CPC*: Justiça Multiportas. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 476).

²⁰¹ PANTOJA, Fernanda Medina. Comentários ao art. 169. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 299.

dessa forma: “quando houver consenso, a autonomia da vontade das partes prevalece na possibilidade de escolha do mediador ou de câmara privada de livre escolha, mesmo que o mediador não seja cadastrado e a câmara não seja credenciada”.²⁰²

Na mesma linha segue o posicionamento de Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Guilherme Kronenberg Hartmann que dissertam que a mediação se escora na lógica da autonomia da vontade (artigo 166 do CPC/15 c/c artigo 2º, V, lei 13.140/15), constando elogiosa previsão sobre a possibilidade de escolha do mediador na legislação processual codificada (artigo 168, do CPC/15), em fórmula condizente e produtora aos fins conciliatórios almejados, no sentido de entrega (não resistência) à atividade de negociar.²⁰³ Pelos mesmos argumentos pode-se estender esse raciocínio à conciliação judicial.

Quanto ao profissional designado pelo juiz, esse voltará a compor a ordem na lista que anteriormente ocupava para contribuir em uma próxima lide.

Sobre a necessidade de cadastro desses no tribunal, o raciocínio é o mesmo. Se indicado pelas partes em comum acordo, não se exige que esses tenham cadastro no tribunal, sendo hipótese de inexigibilidade de licitação, o que será aprofundado no tópico 4.2.2.2. Porém, na ausência de consenso, necessariamente esses profissionais terceirizados deverão constar na lista do tribunal, devendo cumprir os critérios do credenciamento.

3.2 O PROBLEMA DO CUSTEIO DAS CONTRATAÇÕES

Um aspecto de grande relevância prática e jurídica se refere à forma de custeio da autocomposição judicial, tendo em vista existir uma ausência de recursos financeiros para promover as contratações de conciliadores e mediadores de servidores efetivos com quadro próprio de mediadores e conciliadores judiciais para o incentivo à autocomposição no processo.

²⁰² VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas*. São Paulo: Editora Método, 2015. p. 99.

²⁰³ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; HARTMANN, Guilherme Kronenberg. A Audiência de Conciliação ou de Mediação no Novo Código de Processo Civil. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (orgs.). *Grandes Temas do Novo CPC: Justiça Multiportas*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 113.

À vista disso, necessário analisar a ausência desses recursos financeiros, as vedações de gastos impostas pela Lei de Responsabilidade Fiscal e como isso torna obrigatório a terceirização para tribunais com dificuldades em atender os limites de gastos com pessoal impostos por essa lei.

3.2.1 Ausência de recursos financeiros

O art. 18 da Lei Complementar Federal 101/00 que estabelece normas sobre finanças públicas relacionadas à responsabilidade na gestão fiscal dentre outras medidas, denominada de Lei de Responsabilidade Fiscal, considera despesa total com pessoal (...) “o somatório dos gastos do ente da Federação com os ativos, os inativos e os pensionistas, relativos a mandatos eletivos, cargos, funções ou empregos, civis, militares e de membros de Poder”; abarcando, nesse apuramento, todas as verbas remuneratórias, como: “vencimentos e vantagens, fixas e variáveis, subsídios, proventos da aposentadoria, reformas e pensões, inclusive adicionais, gratificações, horas extras e vantagens pessoais de qualquer natureza” e os “encargos sociais e contribuições recolhidas pelo ente às entidades de previdência”²⁰⁴.

Essa despesa total com pessoal da União Federal não pode exceder a cinquenta por cento da receita corrente líquida da União Federal, e sessenta por cento quando se trata dos gastos efetivados pelos Estados e Municípios de acordo com o artigo 19 da Lei Complementar 101/00.²⁰⁵

²⁰⁴ Lc nº 101 de 04 de Maio de 2000. Art. 18. Para os efeitos desta Lei Complementar, entende-se como despesa total com pessoal: o somatório dos gastos do ente da Federação com os ativos, os inativos e os pensionistas, relativos a mandatos eletivos, cargos, funções ou empregos, civis, militares e de membros de Poder, com quaisquer espécies remuneratórias, tais como vencimentos e vantagens, fixas e variáveis, subsídios, proventos da aposentadoria, reformas e pensões, inclusive adicionais, gratificações, horas extras e vantagens pessoais de qualquer natureza, bem como encargos sociais e contribuições recolhidas pelo ente às entidades de previdência.

²⁰⁵ LC 101. “Art. 19. Para os fins do disposto no caput do art. 169 da Constituição, a despesa total com pessoal, em cada período de apuração e em cada ente da Federação, não poderá exceder os percentuais da receita corrente líquida, a seguir discriminados: I - União: 50% (cinquenta por cento); II - Estados: 60% (sessenta por cento); III - Municípios: 60% (sessenta por cento)”.

O legislador estabeleceu, ainda, um teto de limite de gastos para o Poder Judiciário, fixando-o em seis por cento da receita corrente líquida da respectiva unidade federada (artigo 20, I, “b” e II, “b”²⁰⁶).

Por essa ausência de recursos financeiro “o Poder Judiciário não conta com um quantitativo de servidores disponíveis para o exercício da função mediadora, com exclusividade”²⁰⁷, podendo o mesmo raciocínio ser intitulado aos conciliadores judiciais.

Para solucionar tal deficiência, sugere-se a contratação de terceirizados, o que, com fulcro no princípio da eficiência que rege a Administração Pública, especialmente no que tange à questão orçamentária, parece ter sido a opção prioritária do legislador, conforme será observado adiante.

3.2.2 Vedações dos gastos suportados pela Lei de Responsabilidade Fiscal

A remuneração de conciliadores, mediadores e das câmaras privadas de conciliação e mediação credenciados pelos Tribunais, por se operar sob a forma de pagamento por serviços prestados, não se enquadra como despesa de pessoal, não impactando nos limites de gastos com pessoal impostos pela Lei de Responsabilidade Fiscal. Todavia, a contratação de conciliadores e mediadores, quer pela sistemática de credenciamento (aplicável à distribuição dos processos aos facilitadores que compõem os cadastros dos tribunais), quer por inexigibilidade de licitação (na hipótese em que esses profissionais forem indicados pelas partes), não se dedica à substituição de servidores e empregados públicos.²⁰⁸

É importante ressaltar que tal contratação tão-somente é viável quando o Tribunal não decidir, nos termos do parágrafo 6º do art. 167 do CPC/15, “pela criação de quadro próprio de conciliadores e mediadores, a ser preenchido por concurso público de provas e títulos”. Sendo

²⁰⁶ LC 101. “Art. 20. A repartição dos limites globais do art. 19 não poderá exceder os seguintes percentuais: I - na esfera federal: b) 6% (seis por cento) para o Judiciário; [...] II - na esfera estadual: [...] b) 6% (seis por cento) para o Judiciário”.

²⁰⁷ GORETTI, Ricardo. *Mediação e acesso à justiça*. Salvador: Editora JusPodivm, 2016. p. 287.

²⁰⁸ MADUREIRA, Claudio Penedo; FIGUEIREDO, Thiago Alves de. *Terceirização de Conciliadores e Mediadores: formalidades de contratação, remuneração e financiamento do modelo*. [2019?] (em fase de elaboração).

assim, se o Tribunal não estabelecer quadro próprio de conciliadores/mediadores, não se cogitará, na espécie, de substituição de servidores e empregados públicos.

Contudo, caso venha a se constituir quadro próprio de conciliadores e mediadores, somente se justificará a contratação de facilitadores na hipótese do art. 168 do CPC/15, que preceitua que “as partes podem escolher, de comum acordo, o conciliador, o mediador ou a câmara privada de conciliação e de mediação”; mas mesmo nesse caso não se cogita da “substituição de servidores e empregados públicos”, dada a circunstância de o legislador haver adjudicado às partes a prerrogativa de indicá-los entre quaisquer profissionais disponíveis no mercado, em respeito ao princípio da autonomia da vontade, e não somente entre os servidores investidos pelo poder público.

Desta forma, seria respeitar o princípio da eficiência estampado no artigo 37, *caput*, da CR/88²⁰⁹ determinar que aos Tribunais com dificuldades para se manter dentro desse limite de gastos com pessoal ao invés de instituir quadros reduzidos de conciliadores e mediadores, compostos (ou quando menos complementados) por profissionais voluntários e/ou por estagiários, empreguem conciliadores e mediadores terceirizados.

3.3 OBRIGATORIEDADE DA TERCEIRIZAÇÃO PARA OS TRIBUNAIS COM DIFICULDADES EM ATENDER OS LIMITES DE GASTOS COM PESSOAL IMPOSTOS PELA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL

Ao contrário do que ocorre com a opção pela investidura de servidores efetivos, a decisão do Tribunal pela admissão de conciliadores e mediadores terceirizados confere alternativas mais flexíveis para o financiamento do modelo, pois a remuneração dos profissionais contratados se opera sob a forma de pagamento por serviços prestados, não se enquadrando como despesa de pessoal, sendo possível, assim, ser custeada pelas partes processuais, não impactando sobre os limites de gastos com pessoal impostos pela Lei de Responsabilidade Fiscal.

²⁰⁹ Art. 37. CR/88. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte.

Tal opção conferida pelo legislador prioriza que nas hipóteses em que as partes não chegam a um consenso sobre o profissional terceirizado a contratar (art. 168), caso de típico negócio jurídico processual, em que essas acordam e remuneram livremente o profissional escolhido, há uma priorização pela terceirização de conciliadores e mediadores judiciais para compor o cadastro (art. 167, §§ 1º, 2º, 3º, 4º e 5º do CPC/15) em detrimento da contratação via servidores públicos concursados para compor quadro próprio, prevista no art. 167, § 6º do CPC/15.

Essa priorização passa a ser obrigatória para os tribunais com dificuldades de atender os limites de gastos com pessoal impostos pela Lei de Responsabilidade Fiscal, por se configurar como a melhor opção para o problema do custeio, na inviabilidade de consenso entre as partes na escolha do facilitador.

4 ESTRUTURAÇÃO ADMINISTRATIVA DA CONTRATAÇÃO DE CONCILIADORES E MEDIADORES JUDICIAIS

A Resolução 125/10 em seu art. 1º, *caput*, e incisos apresenta e explica, respectivamente, quais os princípios fundamentais que regem a atuação dos conciliadores e mediadores judiciais,²¹⁰ o CPC/15 elucida sobre os princípios orientadores em seu art. 166,²¹¹ e o art. 2º da Lei de Mediação dispõe os princípios que devem orientar a mediação²¹².

A análise dessas normas à luz da teoria dos microssistemas, bem como a conjugação do disposto no CPC/15 à lei 8.666/1993 e à Lei de Responsabilidade fiscal serve de auxílio para a compreensão dos princípios e fundamentos necessários para sanar aparentes conflitos normativos sobre quais os requisitos de formação acadêmica e capacitação profissional, quais as formalidades na contratação de mediadores e conciliadores judiciais, quais as formalidades de contratação desses profissionais, qual a forma de remuneração desses auxiliares da justiça e como se daria o custeio dos recursos empregados para a contratação desses profissionais.

Para saneamento de tais dúvidas, torna-se necessário abordar, de forma sintética, porém histórica, a teoria dos microssistemas a fim de solucionar a aparente desarmonia normativa que regem os métodos da mediação e conciliação do âmbito judicial.

No que tange aos métodos autocompositivos, observa-se que a Resolução 125/10 do CNJ, o CPC/15 e a Lei 13.140/15 promulgadas, respectivamente em 16/03/2015 e em 29/06/2015, são diplomas normativos constituídos de intensa similitude acerca da temática, dos aspectos principiológicos e teleológicos, sendo plenamente possível compatibilizá-los na via procedimental, se restringindo a presente dissertação à análise dos métodos autocompositivos de solução de conflitos da mediação e conciliação judiciais.

²¹⁰ Art. 1º. Resolução 125/10. São princípios fundamentais que regem a atuação de conciliadores e mediadores judiciais: confidencialidade, decisão informada, competência, imparcialidade, independência e autonomia, respeito à ordem pública e às leis vigentes, empoderamento e validação.

²¹¹ Art. 166. CPC/15. A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.

²¹² Art. 2º. Lei 13.140/15. A mediação será orientada pelos seguintes princípios: I - imparcialidade do mediador; II - isonomia entre as partes; III - oralidade; IV - informalidade; V - autonomia da vontade das partes; VI - busca do consenso; VII - confidencialidade; VIII - boa-fé.

Tais diplomas normativos se complementam entre si. No entanto, há pontos aparentemente conflitantes entre eles que podem gerar supostas incompatibilidades. Os doutrinadores divergem sobre como superar as aparentes contradições diante da dificuldade de harmonizar o microsistema dos métodos autocompositivos de solução de conflitos.

Não se pode perder de vista que a ocorrência dos métodos autocompositivos de solução de conflitos dependem de uma implantação adequada para a sua ocorrência, de modo que se garanta a observância dos princípios e fundamentos desses métodos.

Fernanda Tartuce já apresentou essa preocupação ao mencionar que não parece bastar que o Estado seja obrigado a inserir serviços de mediação para que esta ocorra de modo salutar; sendo crucial zelar por sua realização adequada, cuidando com afincado do treinamento dos praticantes e do esclarecimento da população sobre o método consensual para que as experiências vivenciadas sejam produtivas a ponto de inspirar a vontade de repetir o método a fim de que ele seja satisfativo em todos os seus quesitos.²¹³

Para tanto, necessário observar a Teoria dos Microsistemas.

A Revolução Industrial e a Segunda Guerra Mundial trouxeram como consequência diversas violações a direitos fundamentais dos cidadãos, influenciando a classe operária a buscar do Estado uma proteção de seus direitos por melhores condições de vida, intensificando a criação e proteção dos direitos fundamentais, que nasceram da necessidade de proteger o homem do poder estatal, a partir dos ideais advindos do Iluminismo dos séculos XVII e XVIII²¹⁴.

O combate ao poder absoluto dos soberanos, o reconhecimento de direitos naturais intrínsecos ao homem, bem como “a movimentação política nascida após os ideais difundidos por Locke, Rousseau e pelos liberais que conquistaram a independência americana”²¹⁵, estabeleceram os elementos essenciais que vieram a desenvolver as ideias concretizadas na Declaração de Virgínia de 1777 e na Declaração de Direitos do Homem, proclamadas pela Revolução Francesa em 1789, fazendo surgir, assim, a grande discussão acerca dos direitos fundamentais

²¹³ TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos cíveis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2015, p. 253.

²¹⁴ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 60.

²¹⁵ CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Princípios gerais de direito público*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1964, p. 194.

e suas evoluções. Desta forma, as evoluções do direito, após a influência dos problemas sociais, contribuíram para a dilatação dos velhos preceitos.²¹⁶

Tendo em vista tais direitos determinarem uma conduta positiva do Estado, o qual deveria atuar de forma a prover determinadas garantias aos particulares, o processo de codificação do Direito ganha força, especialmente durante a Revolução Francesa do século XVIII, tendo em vista aparentar ser necessário que houvesse um mecanismo capaz de assegurar as mudanças decorrentes das conquistas liberais²¹⁷.

Ademais, os direitos fundamentais de segunda dimensão, relativos aos direitos sociais, culturais e econômicos, ganharam destaque na segunda metade do século XX na Europa, tendo como marco histórico a Revolução Industrial, sendo que as primeiras constituições a incorporarem drasticamente esses direitos foram a Constituição do México de 1917; de Weimar de 1919; e CF de 1934 no Brasil.

Neste aparato histórico, observou-se do Estado uma forte tendência em exaurir a regulamentação de normas jurídicas criadas para atender uma sociedade cada vez mais globalizada e complexa, sendo possível afirmar que, apesar das tentativas, os esforços do Estado foram inúteis, pois a codificação em massa, além de não acompanhar as mudanças da sociedade, era prejudicial posto que obstruía a dinâmica da aplicação das normas.

Claudia Lima Marques aponta que em decorrência deste “Pluralismo pós-moderno” “ressurge a necessidade de coordenação entre as leis no mesmo ordenamento, como exigência para um sistema jurídico eficiente e justo,”²¹⁸ havendo o que se falar em descodificação.

Natalino Irti, ao publicar a sua obra *L'età delle decodificazione* em 1979, foi o precursor da ideia da descodificação, em que propunha uma diminuição da massa normativa do Código Civil, com uma maior aplicação de princípios e valores constitucionais através da elaboração

²¹⁶ A primeira geração dos direitos fundamentais era focada nos direitos referentes à liberdade, tendo como base as liberdades públicas e os direitos políticos, tendo esta dimensão como marco histórico a Revolução Francesa - Séc. XVIII. A propósito, conf.: BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 464-472.

²¹⁷ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 1º volume, 42ª Ed., São Paulo, Editora Saraiva, 2009.

²¹⁸ MARQUES, Cláudia Lima. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, 2007. p. 87.

de leis esparsas que conviveriam concomitantemente com estatutos codificados de maneira harmônica²¹⁹.

A teoria dos microssistemas de Natalino Irti repercutiu no Brasil especialmente no momento após a edição do Código de Defesa do Consumidor (CDC), em que os juristas brasileiros se depararam com o questionamento se existia um microssistema de direitos coletivos compostos pela lei de ação popular 4.717/65, lei da ação civil pública 7.345/85 e Código de Defesa do Consumidor 8.078/90. Tal dúvida se manifestou em virtude que a Lei 8.078/90, trouxe diversas regras jurídicas acerca do direito coletivo, que guardavam relação com as leis de ação popular e ação civil pública.

Havia incertezas se o Código de Defesa do Consumidor havia revogado os demais diplomas legais, tais como as leis que disciplinam ação popular e a ação civil pública, ou se se tratavam de normas específicas, e, portanto, deveriam prevalecer sobre o Código de Defesa do Consumidor, havendo dúvida ainda se todos esses diplomas continuavam em vigor e deveriam ser aplicados de maneira híbrida, carecendo de atividade hermenêutica para a adequada solução diante de um caso concreto.

Rafael Calmon Rangel explica que após a era da descodificação, teve sequência a era da microssistematização em que se buscou agregar normas processuais e materiais de variados ramos do direito sobre temas específicos, e desenvolveu a elaboração de normas interpretativas de interação pois sentiu-se necessidade de se agenciar uma espécie de recompilação normativa, não mais sob a forma de Códigos propriamente ditos, mas, sobretudo, sob um modelo mais flexível, materializado por um agrupamento de normas de índole material e processual oriundas dos mais diversos domínios da Ciência do Direito, com o objetivo de que determinados e relevantes temas pudessem receber o tratamento jurídico mais adequado, específico e completo possíveis, surgindo, assim, os Microssistemas jurídico-normativos.²²⁰

A teoria do microssistema rege sobre um sistema jurídico autônomo e independente que, concomitantemente dialoga com o restante do sistema jurídico, sendo uma diretriz envolta por

²¹⁹ IRTI, Natalino. *L'eta della decodificazione*. Roma: Giuffrè, 1979.

²²⁰ RANGEL, Rafael Calmon. *A interatividade entre os sistemas, subsistemas, minissistemas e microssistemas jurídico-normativos de tutela dos direitos dos consumidores*. Revista de Direito do Consumidor | vol. 117/2018 | p. 471| Maio - Jun / 2018.

várias leis que podem surgir sobre um mesmo assunto, existindo uma comunicação entre os diplomas legais vigentes em torno de uma temática²²¹, a qual visa dar uma resposta mais funcional diante do excesso de normas existente, permitindo a coexistência e completude das normas que o compõem e diante de discrepância entre essas normas que coexistem a interpretação de que a norma aplicável será aquela que mais se aproxima dos princípios aplicáveis ao tema.

Diante de situações iguais que se encontram normas jurídicas com modais deônticos (permitido, proibido, obrigatório) diversos, não se aplicam os critérios de resolução de antinomias jurídicas proposto por Norberto Bobbio, quais sejam: cronológico, em que lei posterior revoga lei anterior; hierárquico, em que lei hierarquicamente superior opera sobre lei de hierarquia inferior; de especialidade, em que lei específica prevalece sobre norma geral,²²² tendo em vista, no caso dos microssistemas, utilizar-se da hermenêutica para a solução objetivada, pois por meio da interpretação coordenada e sistemática, será possível encontrar o melhor procedimento a ser adotado em situações de aparente conflito²²³.

Neste sentido, segundo Rafael Calmon Rangel, os microssistemas são compostos por cláusulas gerais, que comportam o desenvolvimento da atividade hermenêutica para solução de qual norma deve ser aplicável ao caso concreto. A inserção de cláusulas abertas e conceitos mais vagos permitem que o intérprete adéque a norma à situação em concreto, bem como que uma norma complemente a outra, o que é denominado de diálogo sistemático de coerência, que permite a o dinamismo das normas sistematizadas. Devido à flexibilidade dos microssistemas, é possível seu elastecimento para abarcar novas regras que surgirem diante das complexidades e modificações acerca de uma determinada temática, logo “a microssistematização continuará se expandindo à medida que o dinamismo e complexidade das relações sociais assim exigirem”²²⁴.

²²¹ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Trad. Maria Celeste C. J. Santos; ver. téc. Claudio De Cicco; apes. Tércio Sampaio Ferraz Júnior – Brasília: Editora Universidade de Brasília, 10ª Ed. 1997, p. 91.

²²² BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Trad. Maria Celeste C. J. Santos; ver. téc. Claudio De Cicco; apes. Tércio Sampaio Ferraz Júnior – Brasília: Editora Universidade de Brasília, 10ª Ed. 1997, p. 93.

²²³ MARQUES, Cláudia Lima. *Superação das antinomias pelo Diálogo das Fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002*. Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe, Aracaju, SE, v. 7, p. 15-54, 2004..

²²⁴ RANGEL, Rafael Calmon. *A interatividade entre os sistemas, subsistemas, minissistemas e microssistemas jurídico-normativos de tutela dos direitos dos consumidores*. Revista de Direito do Consumidor | vol. 117/2018 | p. 473. Maio - Jun / 2018.

Sobre as normas coexistentes que tratam, especificamente, sobre a Mediação, vale apontar o que esclarece Fernanda Tartuce observa: “em casos de dúvida quanto à aplicação de normas de um ou outro instrumento normativo, o intérprete deverá conduzir sua conclusão rumo à resposta que mais se coadune com os princípios da mediação”²²⁵.

Nessa conjuntura, Rodrigo Mazzei se posicionou pela aplicação da doutrina de Natalino Irti e da teoria dos microssistemas para o Direito Coletivo, já que concluiu haver uma interligação e princípios comuns das normas que o rege, permitindo que os diplomas que a tutela coexista e interaja entre si.²²⁶

Também Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro Faria consideram que o direito brasileiro evoluiu para criar um microssistema de direitos coletivos, apontando que no Brasil o marco foi a CR/88, que valorizou a solução de conflitos da tutela coletiva, concretizando este tipo de solução de conflitos com o nascimento do Código de Defesa do Consumidor, Estatuto da Criança e Adolescente, e do Idoso, Lei de Improbidade Administrativa, e outros que passaram a coexistir com a ação popular e ação civil pública. “Todos esses diplomas compõem o microssistema do processo coletivo, a ele se aplicando subsidiariamente o CPC/15, como estatuído no artigo 19 da Lei 7.347/85.”²²⁷

Rodrigo Mazzei também constata o reconhecimento da teoria dos microssistemas, com a elaboração do CC/02 quando comparado à legislação do CC/16, bem como a Constitucionalização do Direito Privado. Para tal conclusão, justifica que o atual Código Civil “fez uso, em pontos nucleares, dos conceitos vagos, em especial das cláusulas gerais”²²⁸, acrescenta ainda o abandono da “pretensão de completude (= *regulação total*)”²²⁹ dos códigos

²²⁵ TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos Conflitos Cíveis*. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Método, 2015. p. 268.

²²⁶ MAZZEI, Rodrigo Reis. A ação popular e o microssistema da tutela coletiva. In: GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; SANTOS FILHO, Ronaldo Fenelon. *Ação popular – Aspectos relevantes e controvertidos*. São Paulo: RCS Editora, 2006. p. 408 e 409.

²²⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro. *Tutela Coletiva dos Direitos Individuais Homogêneos. Legitimação Processual das Associações no Direito Brasileiro*. Artigo publicado na Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil nº 63 - Nov/Dez de 2014. Disponível em: <https://www.magisteronline.com.br/mgstrnet/lpext.dll?f=templates&fn=main-hit-j.htm&2.0>. Acesso em: 01/12/2017. p. 1 (?).

²²⁸ MAZZEI, Rodrigo Reis. *O Código Civil de 2002 e sua interação com os Microssistemas e a Constituição Federal*: breve análise a partir das contribuições de Hans Kelsen e Niklas Luhmann. Revista do Curso de Mestrado e Doutorado da Faculdade Autônoma de Direito. Ano 1, n. 1, p. 245-277, 2011. p. 246.

²²⁹ MAZZEI, Rodrigo Reis. *O Código Civil de 2002 e sua interação com os Microssistemas e a Constituição Federal*: breve análise a partir das contribuições de Hans Kelsen e Niklas Luhmann. Revista do Curso de Mestrado e Doutorado da Faculdade Autônoma de Direito. Ano 1, n. 1, p. 245-277, 2011. p. 246.

oitocentistas que tornavam as leis rapidamente obsoletas, contribuindo para a “ressistematização, resgatando a importância da codificação, sem entretanto, deixar de buscar a mobilidade do sistema”²³⁰,”

Silvio Venosa em artigo publicado sobre direito de superfície justificou a aplicação da teoria do microssistema também para normatizar sobre as Políticas Urbanas, já que coexistem o Estatuto da Cidade e o Código Civil, sendo evidente que ambos estão amparados na Carta Magna, observa-se: “Esse estatuto constitui, sem dúvida, um microssistema jurídico e, como tal, deve harmonizar-se com os Códigos. Assim, deve ser buscado o nicho social próprio sobre o qual se debruça o Estatuto da Cidade.”²³¹”

Claudio Madureira e Lívio Oliveira defendem a existência de um microssistema dos Juizados Especiais Brasileiros, sejam municipais, estaduais ou federais, composto pelas legislações: **a)** 9.099/95 que normatiza os Juizados Especiais Cíveis e Criminais; **b)** 10.259/01, que prescreve sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal; e **c)** 12.153/09, que dispõe sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, permitindo, ainda, a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil quando não houver regulamentação específica no microssistema dos Juizados. Dessa forma esses autores permitem que os três diplomas legais coexistam e apresentam a estruturação do procedimento adequado para os litígios em face da Fazenda Pública Estadual e Municipal.²³²

Diante de um microssistema normativo, esse impasse de saber qual norma aplicar diante de um caso concreto pode advir de uma ausência de regulamentação, ou pela incidência simultânea de mais de uma norma de aplicação.

²³⁰ MAZZEI, Rodrigo Reis. *O Código Civil de 2002 e sua interação com os Microssistemas e a Constituição Federal: breve análise a partir das contribuições de Hans Kelsen e Niklas Luhmann*. Revista do Curso de Mestrado e Doutorado da Faculdade Autônoma de Direito. Ano 1, n. 1, p. 245-277, 2011. p. 266

²³¹ VENOSA, Silvio de Salvo. Direito de Superfície. Artigo publicado na Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil nº 05 - Mar/Abr de 2005. Disponível em: <https://www.magisteronline.com.br/mgstrnet/lpext.dll?f=templates&fn=main-hit-j.htm&2.0>. Acesso em: 01/03/2018.

²³² MADUREIRA, Claudio Penedo.; RAMALHO, Lívio Oliveira. *Juizados da Fazenda Pública - Estruturação dos Juizados Especiais da Fazenda Pública Estadual e Municipal (Lei nº 12.153/09) em vista da Teoria dos Microssistemas e das Particularidades da Celebração de Acordos pelo Poder Público*. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2010. v. 1. p. 335 a 336.

No primeiro caso, Rafael Calmon Rangel ao tratar sobre os microssistemas defende que quando uma lei se mostrar insuficiente para resolver determinada questão o aplicador deverá primeiramente buscar dentro do próprio microssistema a integração do ordenamento jurídico, e somente em caso de não encontrar, que deverá buscar a solução no direito comum²³³, e, se nem mesmo assim obtiver sucesso, deverá buscar a aplicação da analogia, costumes e princípios gerais do direito, conforme previsto no art. 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB)²³⁴. Devendo sempre observar os valores, regras e princípios de modo conjunto e sistemático.

A Teoria do Diálogo das Fontes, apresentada no ano de 1995 na cidade de Haia na Holanda, pelo jurista alemão Erik Jayme, professor da Universidade de Heidelberg, foi introduzida no Brasil por Cláudia Lima Marques, professora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, segundo a qual as normas jurídicas não se excluem apenas por pertencerem a ramos jurídicos distintos, mas ao contrário, completam-se, aplicando, assim, a premissa de uma visão única do ordenamento jurídico.²³⁵

Esta teoria trata de um novo método de solução das contradições, diferente dos critérios tradicionais de solução de antinomias estabelecidos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, tendo em vista buscar uma aplicação coerente das leis de direito privado, coexistentes no sistema, buscando a aplicação das leis de forma simultânea e coerente.

Auxilia na compreensão da hermenêutica aplicada na Teoria dos Microssistemas a situação apresentada por Rafael Calmon Rangel ao tratar sobre o Microssistema Normativo do Direito do Consumidor apresentando a aparente controvérsia entre a aplicação prevista no art. 6º, VIII do CDC²³⁶ em contrapartida da norma prevista no art. 373, §1º do CPC/15.²³⁷

²³³ RANGEL, Rafael Calmon. *A interatividade entre os sistemas, subsistemas, minissistemas e microssistemas jurídico-normativos de tutela dos direitos dos consumidores*. Revista de Direito do Consumidor | vol. 117/2018 | p. 474-480. | Maio - Jun / 2018.

²³⁴ Art. 4º. LINDB. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

²³⁵ MARQUES, Claudia Lima. *Diálogos entre o direito consumidor e o novo CPC I* Claudia Lima Marques, Luis Alberto Reichelt. (coordenadores) São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

²³⁶ Art. 6º. CDC. São direitos básicos do consumidor: [...] VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

²³⁷ Art. 373. CPC/15. O ônus da prova incumbe: [...] § 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo

Esse apresenta a indagação se seria possível o magistrado deixar de imputar ao fornecedor o ônus da prova nos casos em que esse encontrará excessiva dificuldade ou impossibilidade em sua produção, ainda que verossímil a alegação do consumidor ou mesmo diante da hipossuficiência dele. Sua conclusão indica que o microssistema consumerista “não permitiria que o consumidor restasse prejudicado com a negativa de um direito básico a si conferido (facilitação de sua defesa em juízo, art. 6º, VIII), a não ser que se pretendesse violar toda a base axiológica e principiológica sobre a qual foi estruturado.”²³⁸

Heloísa Carpena ao fundamentar sobre a impossibilidade de aplicação da inversão do ônus da prova nos acidentes de consumo se manifesta que deve prevalecer a norma mais protetiva ao consumidor em decorrência da disparidade de armas que esse possui em relação ao *ex adverso*²³⁹.

Todavia, caso o consumidor não comprove a sua situação de hipossuficiência ou de ser a sua alegação verossímil, nesses casos não há a incidência do art. 6º, VIII do CDC/90, devendo o ônus probatório ser distribuído normalmente conforme o art. 373, I e II do CPC/15.

Ainda dentro dessa hipótese de incidência simultânea de mais de uma norma há situações em que normas previstas fora de determinado sistema podem prevalecer às internas, em detrimento dos valores e princípios que regem determinado microssistema.

Como exemplo, diante de uma cobrança de fornecedor de quantia indevida de consumidor, sem que este tenha efetuado o pagamento, a norma prevista no art. 940 do CC/02²⁴⁰, deve ser aplicada em detrimento da prevista no art. 42, parágrafo único do CDC/90²⁴¹, já que prevê a

diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

²³⁸ RANGEL, Rafael Calmon. *A interatividade entre os sistemas, subsistemas, minissistemas e microssistemas jurídico-normativos de tutela dos direitos dos consumidores*. Revista de Direito do Consumidor | vol. 117/2018 | p. 476 | Maio - Jun / 2018.

²³⁹ CARPENA, Heloisa. SOS Ações civis públicas. In: OLIVEIRA, Amanda Flávio de; MIRAGEM, Bruno; MARQUES, Claudia Lima (Coord.) *25 anos do Código de Defesa do Consumidor: trajetórias e perspectivas*. São Paulo: Ed. RT, 2016. p. 259.

²⁴⁰ Art. 940. CC/2002. Aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressaltar as quantias recebidas ou pedir mais do que for devido, ficará obrigado a pagar ao devedor, no primeiro caso, o dobro do que houver cobrado e, no segundo, o equivalente do que dele exigir, salvo se houver prescrição.

²⁴¹ Art. 42. Parágrafo único. CDC/1990. O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável.

possibilidade daquele que exigir quantia, ainda que sem pagamento pelo devedor, ter que pagar o equivalente ao valor indevidamente exigido, sendo mais benéfica à proteção consumerista.

Ademais, vislumbra-se a prevalência na aplicação do CC/02 quanto aos prazos para reclamar de obra de contrato de empreitada para construção de imóveis residenciais, já que o art. 618 do CC/02²⁴² estabelece o prazo de 5 anos de garantia, e ainda, prazo estabelecido no art. 205 do CC/02²⁴³ de 10 anos da data da ciência do vício para que o dono da obra se insurja através de demanda indenizatória, enquanto a legislação consumerista estabelece o prazo decadencial de 90 dias para o consumidor reclamar de vícios no contrato de empreitada, e prazo prescricional de cinco anos para reparação de danos por fato do produto ou serviço (art. 26, II, §1º e 3º²⁴⁴ e art. 27²⁴⁵), de acordo com a situação narrada por Rafael Calmon Rangel²⁴⁶.

Maria Helena Diniz, ao tratar sobre resolução de antinomias jurídicas destaca: “entre duas normas plenamente justificáveis, deve-se opinar pela que permitir a aplicação do direito com sabedoria, justiça, prudência, eficiência e coerência com seus princípios”²⁴⁷

Há quem defenda que se encontra no art. 2º, *caput*, §1º, §2º e §3º do Decreto-Lei 4.657/42²⁴⁸, mais conhecido como Lei de Introdução do Direito Brasileiro. Em conformidade com esse

²⁴² Art. 618. CC/02. Nos contratos de empreitada de edifícios ou outras construções consideráveis, o empreiteiro de materiais e execução responderá, durante o prazo irredutível de cinco anos, pela solidez e segurança do trabalho, assim em razão dos materiais, como do solo.

²⁴³ Art. 205. CC/02. A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor.

²⁴⁴ Art. 26. CDC/90. O direito de reclamar pelos vícios aparentes ou de fácil constatação caduca em:
II - noventa dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos duráveis.

§ 1º Inicia-se a contagem do prazo decadencial a partir da entrega efetiva do produto ou do término da execução dos serviços.

§ 2º Obstat a decadência:

I - a reclamação comprovadamente formulada pelo consumidor perante o fornecedor de produtos e serviços até a resposta negativa correspondente, que deve ser transmitida de forma inequívoca;

§ 3º Tratando-se de vício oculto, o prazo decadencial inicia-se no momento em que ficar evidenciado o defeito.

²⁴⁵ Art. 27. CDC/90. Prescreve em cinco anos a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço prevista na Seção II deste Capítulo, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria.

²⁴⁶ RANGEL, Rafael Calmon. *A interatividade entre os sistemas, subsistemas, minissistemas e microssistemas jurídico-normativos de tutela dos direitos dos consumidores*. Revista de Direito do Consumidor | vol. 117/2018 | p. 4777/478 | Maio - Jun / 2018.

²⁴⁷ DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

²⁴⁸ Art. 2º. LINDB. Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue. § 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior. § 2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior. § 3º Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdida a vigência.

raciocínio, no caso da mediação e conciliação judicial, a lei de 13.140/15, foi publicada em 29/06/2015, possuindo o *vacatio legis* de 180 dias, tendo entrado em vigor em dezembro de 2015. Enquanto o CPC/15 foi publicado em 17/03/15, tendo *vacatio legis* de um ano, entrando em vigor em março de 2016. Logo, a Lei de Mediação se trata de lei posterior.

Acrescenta-se que, enquanto a Lei 13.140/15 rege sobre a mediação tanto no âmbito extrajudicial como na esfera judicial. O CPC/15 aborda de forma mais geral sobre os demais métodos, dentre eles a conciliação, e também aborda sobre a mediação, porém limita-se ao âmbito judicial. Em decorrência do critério da especialidade de que lei especial derroga lei geral, há quem entenda que a Lei 13.140/2015 derroga o CPC/15 naquilo que divergirem. Fernanda Tartuce considera que por força do princípio constitucional da isonomia ante um critério de especialidade esse deve prevalecer diante de um critério cronológico, reconhecendo ela a aplicação supletiva do CPC/15 na Lei de Mediação.²⁴⁹

No que tange a hierarquia das fontes do direito é importante destacar que tanto o CPC/15 quanto à Lei de Mediação possuem a mesma hierarquia visto que ambas são leis ordinárias.

Quando indagamos a respeito dos auxiliares da justiça habilitados a conciliar e mediar judicialmente ainda paira dúvidas sobre qual dos diplomas acima mencionados aplicar. Partindo do pressuposto da aplicação da Teoria dos Microsistemas, tem-se que não há prevalência absoluta de uma dessas normas, em relação as demais de forma genérica, devendo os diplomas serem aplicados de maneira híbrida de modo a se complementarem.

Owen Fiss²⁵⁰ adverte sobre algumas desvirtuações da utilização desacompanhada do acordo, como o consentimento obtido via coação, aquele referendado por pessoa sem autoridade, o envolvimento do juiz que participou das sessões de mediação e conciliação que não logrou êxito, e a contaminação de seu julgamento ao prosseguir com a instrução, dentre outros.

O alerta auxilia para que ao se realizar a compatibilização dos procedimentos, sejam apresentadas soluções para as situações que aparentam existir conflito, devendo ser aplicada a

²⁴⁹ TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015b. p. 268-269.

²⁵⁰ FISS, Owen. Contra o acordo. In: *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. Trad. Daniel Porto Godinho da Silva e Melina Medeiros Rós. São Paulo: RT, 2004. p. 123/125.

norma que mais se aproxima dos valores principiológicos e teleológicos os métodos autocompositivos.

Por tal razão, a verificação dos profissionais que podem atuar mediando e conciliando deve estar em consonância com os princípios da imparcialidade, confidencialidade, autonomia da vontade e independência (art. 1º, inciso I, IV e V do Anexo III da Resolução 125/10 do CNJ; art. 166 do CPC/15 e art. 2º, I, V, VII da Lei de Mediação), dentre outros que compõem o sistema.

Partindo do pressuposto da existência do microssistema normativo, necessária a aplicação hermenêutica para que seja possível solucionar as aparentes contradições entre os diplomas normativos que o compõem sendo pertinente para retratar quais os requisitos de formação acadêmica e capacitação profissional, quais as formalidades na contratação de mediadores e conciliadores judiciais, quais as formalidades de contratação desses profissionais, qual a forma de remuneração desses auxiliares da justiça e como se daria o custeio dos recursos empregados para a contratação desses profissionais, modo a conferir coerência, racionalidade e uma unicidade ao Ordenamento Jurídico.

4.1 REQUISITOS GERAIS DE FORMAÇÃO ACADÊMICA, CAPACITAÇÃO PROFISSIONAL E CADASTRO

Acerca do requisito de formação acadêmica para a inclusão de mediadores e conciliadores judiciais e Câmaras Privadas de Mediação e Conciliação indaga-se quais seriam os critérios de formação acadêmica, diante da aparente divergência entre os diplomas legais que regem a referida temática.

Não obstante à novidade legislativa trazida com a referida Lei, é importante citar alguns de seus pontos conflitantes com o CPC/15, especialmente no que se refere a certos aspectos procedimentais que divergem entre si quando comparados.

O art. 167²⁵¹, *caput*, do CPC/15 determina como exigência obrigatória a inscrição dos conciliadores, mediadores e câmaras privadas de conciliação e mediação em cadastros nacionais (no CNJ – Conselho Nacional de Justiça) e regionais (nos Tribunais de Justiça estaduais e Tribunais Regionais Federais), que manterão registros de profissionais habilitados com indicação da área profissional, explicitando em seu § 1º²⁵² a obrigatoriedade de uma capacitação mínima para cadastro dos conciliadores e mediadores, que precisarão fazer cursos em entidades credenciadas, com parâmetro curricular definido pelo CNJ em conjunto com o Ministério da Justiça.

A Lei de Mediação, exige ainda, em seu art. 11²⁵³, que o mediador judicial seja graduado há pelo menos dois anos em curso de ensino superior reconhecido pelo MEC – Ministério da Educação e Cultura.

Outro ponto conflitante está nos termos do *caput* do art. 168 do CPC²⁵⁴, o qual afirma que as partes poderão escolher de comum acordo o conciliador, o mediador ou a câmara privada de conciliação e mediação, estando totalmente em conflito com o art. 25 da Lei de Mediação²⁵⁵ que afirma que na mediação judicial, os mediadores não estarão sujeitos à prévia aceitação das partes.

Em face dessas aparentes incongruências entre as referidas disposições, há divergência quanto a prevalecer ou não a regra da Lei de Mediação, tendo em vista esta norma ser especial e posterior ao CPC/15, ilação que tem reflexos definitivamente substanciais, tudo a demandar a performance do intérprete na conciliação dos diplomas normativos²⁵⁶.

²⁵¹ Art. 167. CPC/15. Os conciliadores, os mediadores e as câmaras privadas de conciliação e mediação serão inscritos em cadastro nacional e em cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal, que manterá registro de profissionais habilitados, com indicação de sua área profissional.

²⁵² Art. 167, § 1º. CPC/15. Preenchendo o requisito da capacitação mínima, por meio de curso realizado por entidade credenciada, conforme parâmetro curricular definido pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça, o conciliador ou o mediador, com o respectivo certificado, poderá requerer sua inscrição no cadastro nacional e no cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal.

²⁵³ Art. 11. Lei 13.140/15. Poderá atuar como mediador judicial a pessoa capaz, graduada há pelo menos dois anos em curso de ensino superior de instituição reconhecida pelo Ministério da Educação e que tenha obtido capacitação em escola ou instituição de formação de mediadores, reconhecida pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - ENFAM ou pelos tribunais, observados os requisitos mínimos estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça.

²⁵⁴ Art. 168. CPC/15. As partes podem escolher, de comum acordo, o conciliador, o mediador ou a câmara privada de conciliação e de mediação.

²⁵⁵ Art. 25. Lei 13.140/15. Na mediação judicial, os mediadores não estarão sujeitos à prévia aceitação das partes, observado o disposto no art. 5º desta Lei.

²⁵⁶ MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito. 16. ed. Forense: Rio de Janeiro, 1997. p. 360/361.

Outrossim, apesar dos pontos conflitantes, ressalta-se a importância da Lei 13.140/15, destacando que essa detalhou a regulamentação da mediação e ainda inovou ao regulamentar sobre a mediação extrajudicial, algo que não havia sido feito nos demais diplomas.²⁵⁷

A Lei de Mediação, conquanto tenha surtido efeito anteriormente ao encerramento da *vacatio legis* do CPC/15, foi editada posteriormente. Essa constatação embora não resolva as autonomias detectadas entre enunciados prescritivos detectadas no âmago de cada um desses diplomas, sugere a revogação dos dispositivos do CPC/15 que conflitam com preceitos da Lei de Mediação. Todavia, a Resolução 125/10 do CNJ com as modificações que lhe foram expressas pela Emenda 1/2013 e pela Emenda 2/2016, parece compatibilizar o CPC/15 e a Lei de Mediação.

Quando se tem em vista algumas disposições aparentemente contraditórias sobre quem poderia se habilitar como conciliadores e mediadores no âmbito do processo judicial, assume especial relevância, investigar, cientificamente, quem pode conciliar e mediar no regime jurídico brasileiro, com ênfase à figura dos facilitadores e as implicações destes personagens no Direito Administrativo.

Enquanto o art. 7º da lei 9.099/95 estabelece que os conciliadores devem ser preferencialmente bacharéis em Direito; a Resolução do CNJ só menciona critérios de capacitação, sem tratar da formação acadêmica dos mediadores e conciliadores; o art. 167, §1º do CPC/15 dispõe que os conciliadores e mediadores devem ser inscritos no cadastro nacional e realizar curso por entidade credenciada conforme definição do CNJ; e o art. 11 da Lei de Mediação estipula que os mediadores devem ser graduados há pelo menos dois anos em curso de ensino superior reconhecido pelo MEC, além de necessitar comprovar capacitação em escola ou instituição de formação dos mediadores.

À vista dessa aparente desarmonia normativa quanto aos critérios de formação acadêmica exigida para conciliar e mediar na via judicial restam dúvidas sobre a preferência dos bacharéis em Direito e da (não) exigência de dois anos de conclusão de curso de graduação.

²⁵⁷ TARTUCE, Fernanda. *O novo marco legal da mediação no direito brasileiro*. Revista de Processo | vol. 258/2016 | p. 495 - 516 | Ago / 2016 | DTR\2016\22279. p. 496.

Sobre a atuação preferencial dos bacharéis de Direito, nota-se que na versão original do Projeto de Lei do Senado (PLS) 166/10²⁵⁸, convertida posteriormente com alterações na Lei de Mediação, o mediador deveria ser inscrito nos quadros da OAB.

Tal discussão permeia o aprofundamento sobre o princípio da decisão informada, já que o mediador e conciliador assumem o papel de facilitador e possuem o dever de orientar e informar as partes sobre o suporte fático em que se inserem e sobre seus direitos para “permitir que se possa alcançar um acordo benéfico a ambas, impedindo que acordos abusivos sejam realizados.”²⁵⁹

Leonardo Carneiro de Cunha e João Luiz Lessa de Azevedo Neto orientam que por intermédio desse princípio “os interessados devem receber informações quantitativas e qualitativas sobre a composição que podem realizar sendo advertidas das possíveis implicações e dos riscos a serem assumidos”, a fim de evitar que os envolvidos “sejam surpreendidos por qualquer consequência inesperada da solução pela qual venham a optar.”²⁶⁰

Esse princípio encontra previsão na Resolução 125/10 do CNJ, Anexo III, inciso II que o retrata como o “dever de manter o jurisdicionado plenamente informado quanto aos seus direitos e ao contexto fático no qual está inserido”, encontrando previsão também no CPC/15 (art. 167).

Apesar de não ter sido expressamente previsto na Lei 13.140/15²⁶¹ guarda relação com a disposição contida no art. 19 dessa legislação que menciona a possibilidade de realização do *cáucus*, sessões individuais com uma das partes, com o objetivo de facilitar a compreensão entre os envolvidos.

²⁵⁸ PLS 166/2010 do Senado Federal. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/97249>. Acesso em: 08 de junho de 2018.

²⁵⁹ PEIXOTO, Ravi. Os “Princípios” da Mediação e da Conciliação: Uma Análise da Res. 125/2010 do CNJ, do CPC/2015 e da Lei 13.140/2015. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (orgs.). *Grandes Temas do Novo CPC: Justiça Multiportas*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 102.

²⁶⁰ CUNHA, Leonardo Carneiro de; AZEVEDO NETO, João Luiz Lessa de. A Mediação e a Conciliação no Projeto do Novo CPC: Meios Integrados de Resolução de Disputas. *Revista de Direito*: Santa Cruz do Sul, n. 5, out. 2014. p. 280. Disponível em: <<http://www.domalberto.edu.br/wp-content/uploads/2017/08/A-Media%C3%A7%C3%A3o-e-a-Concilia%C3%A7%C3%A3o-no-Projeto-do-Novo-CPC-Meios-Integrados-de-Resolu%C3%A7%C3%A3o-de-Disputas.pdf>> . Acesso em: 08 de julho de 2018.

²⁶¹ Art. 19. Lei 13.140/2015. No desempenho de sua função, o mediador poderá reunir-se com as partes, em conjunto ou separadamente, bem como solicitar das partes as informações que entender necessárias para facilitar o entendimento entre aquelas.

Trícia Navarro Xavier Cabral assevera que a ausência de imposição que o mediador seja formado em Direito pode dificultar a formulação do acordo e sua execução.”²⁶²

Diante da Lei dos Juizados Especiais Federais não impor, mas apenas estabelecer a preferência da conciliação ser realizada por profissionais do Direito, e na ausência dessa exigência na Resolução 125/10, CPC/15 e Lei de Mediação, não há como impedir o cadastro ou restringir o acesso de mediadores e conciliadores que não sejam da seara jurídica, por falta de previsão legal. Em que pese se ressaltar nesse estudo, a importância de esses profissionais terem vasta capacitação com o intuito de minimizar as “deficiências” causadas pela ausência de um saber jurídico aprofundado.

Com o intuito de minimizar a recusa do magistrado diante de uma manifesta vulnerabilidade da parte ao convencionar, por exemplo, conforme disposto no art. 190, *caput* do CPC/15²⁶³ é de importância que as partes estejam acompanhadas de seus advogados privados ou públicos. Na via judicial, o ordenamento jurídico estabelece essa necessidade da parte estar acompanhada de advogado ou defensor público (§9º, art. 334 do CPC/15²⁶⁴ e art. 26 da Lei de Mediação²⁶⁵), salvo exceções como as que ocorrem no âmbito da Lei 9.099/95.

Acerca da vulnerabilidade, o juiz deve verificar se as partes estão convencionando com igualdade de condições, para que o negócio celebrado seja válido. De modo semelhante o enunciado 18 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis prevê ao analisar o art. 190,

²⁶² CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Análise Comparativa entre a Lei de Mediação e o CPC/15*. In: ZANETTI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (orgs.). *Grandes Temas do Novo CPC: Justiça Multiportas*. Salvador: JusPodivm, 2016. p.473.

²⁶³ Art. 190. CPC/15. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

²⁶⁴ Art. 334. CPC/15. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência. § 9º As partes devem estar acompanhadas por seus advogados ou defensores públicos.

²⁶⁵ Art. 26. Lei 13.140/15. As partes deverão ser assistidas por advogados ou defensores públicos, ressalvadas as hipóteses previstas nas Leis nos 9.099, de 26 de setembro de 1995, e 10.259, de 12 de julho de 2001. Parágrafo único. Aos que comprovarem insuficiência de recursos será assegurada assistência pela Defensoria Pública.

parágrafo único que “há indício de vulnerabilidade quando a parte celebra acordo de procedimento sem assistência técnico-jurídica. (Grupo: Negócio Processual)”²⁶⁶,

Nesse sentido, Trícia Navarro Xavier Cabral destaca o papel do assessoramento jurídico na mediação judicial, conforme segue: “daí a importância de que as partes estejam assistidas por advogados ou Defensor Público, minimizando possíveis descompassos jurídicos.”²⁶⁷ Rodrigo Mazzei e Bárbara Secatto Ruis Chagas destacam a importância da função informativa prestada pelos advogado e defensores públicos na autocomposição ao retratar que “há, no papel a ser exercido pelos advogados e defensores públicos, às claras, importante participação para que se alcance a chamada decisão informada.”²⁶⁸

Observado tais aspectos conclui-se que à Luz da Teoria dos Microsistemas a Lei de Mediação não revogou o CPC/15, sendo os requisitos aplicáveis à contratação de conciliadores e mediadores melhor disciplinados abaixo.

Feitas tais considerações no processo de conciliação judicial, não há essa exigência de dois anos de formação acadêmica em curso de graduação, sequer a preferência por conciliadores bacharéis em Direito, situação em que não se pode criar tais restrições, pois essas seriam ilegais.

Por sua vez, na mediação judicial há a imposição legal de que o mediador possua mais de dois anos de formado, sendo que somente nessa hipótese poderia compor a lista de cadastro dos mediadores.

Há autores que discordam dessa imposição legal. Dentre as críticas, destacamos o posicionamento adotado por Delton Ricardo Soares Meirelles e Giselle Picorelli, de que essa exigência aparenta “como se a mediação fosse um saber exclusivo de quem tenha sido

²⁶⁶ Enunciado nº 18 aprovado na Carta de Salvador. (8-9 de novembro de 2013). Disponível em: <https://www.dropbox.com/s/i4n5ngh49y1b1f4/Carta%20de%20Florian%C3%B3polis.pdf?dl=0>. Acesso em: 09 de junho de 2018.

²⁶⁷ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Análise Comparativa entre a Lei de Mediação e o CPC/15*. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (orgs.). *Grandes Temas do Novo CPC: Justiça Multiportas*. Salvador: JusPodivm, 2016. p.473.

²⁶⁸ MAZZEI, Rodrigo Reis; CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis. Breve ensaio sobre a postura dos atores processuais em relação aos métodos adequados de resolução de conflitos. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (orgs.). *Grandes Temas do Novo CPC: Justiça Multiportas*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 80.

diplomado em nível superior. Isso é contraditório com várias práticas de mediação comunitária”²⁶⁹

Sobre a necessidade de ser graduado há pelo menos dois anos em curso de ensino superior Ada Pellegrini se manifesta no sentido de ser uma restrição irrazoável, no entanto entende que ela é obrigatória enquanto estiver em vigor para o método da mediação. Com isso, posicionou-se no sentido de que na conciliação não deveria existir essa restrição, justificada pelo fato de ser um método mais simples e imediato, entendendo não ser o caso de aplicação analógica.²⁷⁰ Nessa linha segue o entendimento atual do CNJ²⁷¹.

Fernanda Tartuce propõe a solução de permitir o cadastramento de todos os capacitados independente da imposição de dois anos de formação, no entanto sugere que as partes com base no princípio da autonomia possam escolher ou não mediador formado há menos de dois anos no processo de Mediação, verifica-se:

(...) no caso da habilitação de mediadores judiciais – em que a Lei de Mediação exige que a pessoa seja graduada em curso de ensino superior por mais de dois anos, requisito não trazido pelo Novo CPC –, os Tribunais devem admitir o cadastramento de todas as pessoas capacitadas (já que a capacitação é o critério comum nas duas legislações).⁵¹ Devem os tribunais, porém, dar publicidade ao fato de serem os mediadores formados ou não há mais de dois anos; as partes então poderão, sabendo de tal fato, escolher ou não um mediador formado, atribuindo a esta característica o valor que entenderem apropriado com base em sua autonomia da vontade.²⁷²

Em que pese tal posicionamento, pelo princípio da legalidade aparenta ser impositiva a exigência de dois anos de conclusão de curso superior aplicável apenas ao método da mediação judicial.

Acerca da capacitação dos mediadores e conciliadores judiciais indicados pelas partes em comum acordo, existem dúvidas se esses profissionais deveriam se cadastrar e se submeter a

²⁶⁹ MEIRELLES, Delton Ricardo Soares e MARQUES, Giselle Picorelli Yacoub. Mediadores. In: HALE, Durval; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Org.). O marco legal da mediação no Brasil- Comentários à Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. São Paulo: Atlas, 2015, p. 117.

²⁷⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. *O minissistema brasileiro de Justiça consensual: compatibilidades e incompatibilidades*. Disponível em: [http://dirittoetutela.uniroma2.it/files/2013/03/Origens-e-evolu%C3%A7%C3%A3o.pdf]. Acesso em: 08.07.2017, p. 7.

²⁷¹ Disponível em: http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-e-mediacao-portal-da-conciliacao/quero-ser-um-conciliador-mediador Acesso em: 05 de agosto de 2018.

²⁷² TARTUCE, Fernanda. *O novo marco legal da mediação no direito brasileiro*. Revista de Processo | vol. 258/2016 | p. 495 - 516 | Ago / 2016 | DTR\2016\22279. p. 508.

curso de capacitação e de aperfeiçoamento estabelecido pelo CNJ, assim como se deveriam possuir dois anos de conclusão de graduação em curso reconhecido pelo MEC.

Para a compreensão da complexidade da incompatibilidade importante observar as normas que regem o assunto.

Do art. 12, *caput*, e seus parágrafos da Resolução 125/10 do CNJ se extrai que nos Centros e demais órgãos do Poder Judiciário somente serão admitidos mediadores e conciliadores capacitados e que cumprirem as diretrizes curriculares do CNJ, ambos estipulados no Anexo I, bem como que concluírem o estágio supervisionado, estando esses profissionais vinculados ao Código de Ética previsto no Anexo III d Resolução²⁷³.

Da leitura da Seção V do CPC/15 que rege sobre os conciliadores e mediadores em âmbito judicial, o art. 168, §1º assim dispõe: “O conciliador ou mediador escolhido pelas partes poderá ou não estar cadastrado no tribunal.” Apesar do art. 167 do CPC/15 regram sobre a inscrição desses profissionais na lista, capacitação mínima, dentre outros aspectos, não fica claro que sua aplicação se expande para as hipóteses em que as partes escolhem esses auxiliares.

Por sua vez, a Lei 13.140/15 prevê que o mediador judicial deve ser graduado há pelo menos dois anos em curso superior de instituição reconhecida pelo MEC, possui capacitação de acordo com critérios do CNJ, além do cadastro nos tribunais, art. 11 ao 13.²⁷⁴ Também da

²⁷³ Art. 12. Resolução 125/10: Nos Centros, bem como todos os demais órgãos judiciários nos quais se realizem sessões de conciliação e mediação, somente serão admitidos mediadores e conciliadores capacitados na forma deste ato (Anexo I), cabendo aos Tribunais, antes de sua instalação, realizar o curso de capacitação, podendo fazê-lo por meio de parcerias. (Redação dada pela Emenda nº 1, de 31.01.13). § 1º Os tribunais que já realizaram a capacitação referida no caput poderão dispensar os atuais mediadores e conciliadores da exigência do certificado de conclusão do curso de capacitação, mas deverão disponibilizar cursos de treinamento e aperfeiçoamento, na forma do Anexo I, como condição prévia de atuação nos Centros. (Redação dada pela Emenda nº 2, de 08.03.16); § 2º Todos os conciliadores, mediadores e outros especialistas em métodos consensuais de solução de conflitos deverão submeter-se a aperfeiçoamento permanente e a avaliação do usuário. (Redação dada pela Emenda nº 2, de 08.03.16); § 3º Os cursos de capacitação, treinamento e aperfeiçoamento de mediadores e conciliadores deverão observar as diretrizes curriculares estabelecidas pelo CNJ (Anexo I) e deverão ser compostos necessariamente de estágio supervisionado. Somente deverão ser certificados mediadores e conciliadores que tiverem concluído o respectivo estágio supervisionado. (Redação dada pela Emenda nº 2, de 08.03.16); § 4º Os mediadores, conciliadores e demais facilitadores de diálogo entre as partes ficarão sujeitos ao código de ética estabelecido nesta Resolução (Anexo III). (Redação dada pela Emenda nº 2, de 08.03.16).

²⁷⁴ Art. 11. Lei 13.140/15. Poderá atuar como mediador judicial a pessoa capaz, graduada há pelo menos dois anos em curso de ensino superior de instituição reconhecida pelo Ministério da Educação e que tenha obtido capacitação em escola ou instituição de formação de mediadores, reconhecida pela Escola Nacional de Formação

análise dessa norma, não se encontra explicitamente definido se há diferença de tratamento quando esses mediadores judiciais forem escolhidos pelas partes e quando forem eleitos pela lista.

Explorando um pouco mais sobre a Lei de Mediação, o art. 9º da Lei 13.140/15, ainda que trate especificamente sobre os casos de mediação extrajudicial, exige a capacitação desse profissional que realizar a mediação, no entanto não descreve como essa se daria, apenas mencionando que “poderá funcionar como mediador extrajudicial qualquer pessoa capaz que tenha a confiança das partes e seja capacitada para fazer mediação.”²⁷⁵

Fredie Didier Jr.²⁷⁶ adota a postura que no momento em que as partes indicam pela primeira vez o mediador ou conciliador judiciais esses não precisam conter o cadastro no tribunal, porém ao aceitar o encargo, deve realizar o cadastro, sendo inerente a este a realização do curso de capacitação e atualização, quando necessário.

Contudo, na via extrajudicial, em decorrência da não obrigatoriedade do cadastro (art. 9º da Lei 13.140/15), e ausência de controle judicial, as partes podem livremente pactuar o auxiliar que pretende escolher, celebrando convenção jurídica processual (art. 190 do CPC/15).²⁷⁷

Em que pese o posicionamento acima adotado, da análise do princípio da autonomia da vontade das partes chega-se a uma conclusão diversa, visto que, se as partes consideram consensualmente que determinado profissional está suficientemente adequado a desenvolver as técnicas necessárias para auxiliá-las na resolução da lide, e sendo essas as responsáveis

e Aperfeiçoamento de Magistrados - ENFAM ou pelos tribunais, observados os requisitos mínimos estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça.

Art. 12. Os tribunais criarão e manterão cadastros atualizados dos mediadores habilitados e autorizados a atuar em mediação judicial. § 1º A inscrição no cadastro de mediadores judiciais será requerida pelo interessado ao tribunal com jurisdição na área em que pretenda exercer a mediação. § 2º Os tribunais regulamentarão o processo de inscrição e desligamento de seus mediadores.

Art. 13. A remuneração devida aos mediadores judiciais será fixada pelos tribunais e custeada pelas partes, observado o disposto no § 2º do art. 4º desta Lei.

²⁷⁵ Art. 9º. Lei 13.140/15. Poderá funcionar como mediador extrajudicial qualquer pessoa capaz que tenha a confiança das partes e seja capacitada para fazer mediação, independentemente de integrar qualquer tipo de conselho, entidade de classe ou associação, ou nele inscrever-se.

²⁷⁶ DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 331.

²⁷⁷ No mesmo sentido, Júlia Lipiani e Marília Siqueira (LIPIANI, Júlia; SIQUEIRA, Marília. *Negócios Jurídicos Processuais sobre Mediação e Conciliação*. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (orgs.). *Grandes Temas do Novo CPC: Justiça Multiportas*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 151.

pelo pagamento do profissional escolhido de comum acordo, não haveria razão para exigir que esses realizassem curso de capacitação e atualização promovido pelo CNJ.

Inclusive, caso fosse exigido que esses facilitadores escolhidos pelas partes integrassem o cadastro, o pagamento desses ficaria vinculado à tabela dos auxiliares credenciados, o que poderia impedir a atuação de renomados conciliadores, mediadores ou câmara privada de conciliação e de mediação no âmbito judicial.

Ademais, sobre a importância da capacitação dos mediadores e conciliadores veja-se:

La capacitación de los mediadores requiere una incesante revisión de su práctica, y una búsqueda permanente de espacios renovados de intercambio y supervisión. No sólo esta búsqueda permite una mayor eficiencia, que será prontamente percibida por quienes participen de los procesos que ellos conducen, sino que genera una mirada más detenida sobre los casos y sobre la técnica, que permite extraer innumerables indicios, preguntas e impresiones de una riqueza inagotable.²⁷⁸

Logo, em regra, os conciliadores, mediadores ou câmara privada de conciliação e de mediação no âmbito judicial devem possuir capacitação para atuar nas sessões autocompositivas, com exceção quando se tratam de facilitadores escolhidos pelas partes.

Inserido na temática relacionada aos cadastros dos terceirizados, existem algumas dúvidas sobre se advogados cadastrados como terceirizados possuem alguma limitação para o exercício da advocacia. Com o intuito de responder esse questionamento, importante a observação do princípio da imparcialidade dos mediadores e conciliadores.

O princípio da imparcialidade está introduzido no art. 1º, *caput*, e IV do anexo III da Resolução 125/10 do CNJ que indica ser um dever do mediador e conciliador agir de modo isonômico entre as partes, sem “favoritismo, preferência ou preconceito”²⁷⁹.

²⁷⁸ Tradução: “A capacitação dos mediadores requer uma incessante revisão de sua prática, e uma busca permanente de espaços renovados de intercâmbio e supervisão. Não só esta busca permite uma maior eficiência, que será prontamente percebida por aqueles que participem dos processos que eles conduzem, senão que gerar um olhar mais detido sobre os casos e sobre a técnica, que permite extrair inumeráveis indícios, perguntas e impressões de uma riqueza inesgotável”. CARAM, María Elena; EILBAUM, Diana Teresa; ROSOLIA, Matilde. *Mediación: diseño de una práctica*. Buenos Aires: Librería Historica, 2006. p. 61-63.

²⁷⁹ Art. 1º, IV, Anexo III. Resolução 125/2010 do CNJ. Imparcialidade - dever de agir com ausência de favoritismo, preferência ou preconceito, assegurando que valores e conceitos pessoais não interfiram no resultado do trabalho, compreendendo a realidade dos envolvidos no conflito e jamais aceitando qualquer espécie de favor ou presente.

Também está disposto no art. 166 do CPC/15, art. 2º, II, da Lei 13.140/2015, além do art. 5º, *caput*, e parágrafo único desta. Esse guarda relação com o princípio da isonomia, tendo em vista que somente através de um auxiliar da justiça imparcial é que se alcança a isonomia entre as partes.

Na mediação e conciliação realizadas judicialmente é exigida a presença do advogado, em conformidade com o art. 334, CPC/15, §9º e art. 16 da Lei 13.140/2015, com exceção do que ocorre no âmbito dos Juizados Especiais. Os advogados possuem o papel de assessorar os seus clientes nesse processo de mediação e conciliação judiciais com o intuito de informá-los sobre as chances de êxito do processo, bem como os possíveis desdobramentos que a lide pode vir a tomar.

Além dessa possibilidade dos advogados atuarem parcialmente ao lado de seu cliente auxiliando no processo de autocomposição, esses podem ocupar outro papel, qual seja, de atuar de modo imparcial como mediador e conciliador, tanto na via extrajudicial, como na judicial.

O art. 167, §5º do CPC/15 assim prescreve: “os conciliadores e mediadores judiciais cadastrados na forma do *caput*, se advogados, estarão impedidos de exercer a advocacia nos juízos em que desempenhem suas funções.” O art. 172 do mesmo *codex* complementa: “o conciliador e o mediador ficam impedidos, pelo prazo de um ano contado do término da última audiência em que atuaram, de assessorar, representar ou patrocinar qualquer das partes.”

De modo diverso do que o previsto no CPC/15, a Lei de Mediação não menciona o impedimento dos advogados exercerem a advocacia nos juízos em que desempenham suas funções, mas somente limita o impedimento por 1 ano desse mediador atuar como advogado, observa-se “O mediador fica impedido, pelo prazo de um ano, contado do término da última audiência em que atuou, de assessorar, representar ou patrocinar qualquer das partes.”

Assim, restam questionamentos, por exemplo, se seria possível um advogado atuar judicialmente como conciliador e mediador cadastrado se exercer a advocacia no juízo em que desempenha sua função, ou se isso seria hipótese de impedimento. Ainda, debate-se sobre o termo “juízo”, utilizado no art. 167, §5º do CPC/15, persistindo dúvida se os impedimentos

seriam referentes à unidade judiciária ou toda a comarca. Com isso, temos três correntes doutrinárias.

Do ponto de vista daqueles que sustentam que o mediador e conciliador se encontram impedidos de atuar no juízo, o principal argumento seria a possibilidade de favorecimento de conciliadores e mediadores judiciais na sua atuação como advogado particular, por ter conhecimento e informações privilegiadas pela atuação no juízo, fato que poderia comprometer a sua imparcialidade e neutralidade no interesse de autocompor. Trícia Cabral destaca a existência de “todo um sistema protetivo da função do mediador para que não haja questionamentos quanto à sua imparcialidade”.²⁸⁰

A justificativa para aqueles que sustentam o impedimento do advogado atuar como mediador somente em relação às partes, é amparada pelo preceito constitucional previsto no art. 133 de que o advogado é indispensável à administração da justiça, e possui o dever de agir com honestidade, lealdade e boa-fé,²⁸¹ assim como alerta sobre os riscos que essa exigência pode gerar ao livre exercício da advocacia, especialmente se considerarmos grandes bancas jurídicas que atuam em diversas regiões ou até mesmo a atuação de advogados em comarcas de vara únicas, muito comum em regiões interioranas.

Ainda, esses sustentam que essa imparcialidade não estaria maculada já que os advogados terceirizados não escolhidos pelas partes serão credenciados e a atuação desses se dá conforme os trâmites estabelecidos pelo art. 167, §2º do CPC/15, isto é, obedece a uma ordem alternada e aleatória da lista dos advogados credenciados e capacitados para tanto.

Logo, não depende de uma designação específica de algum magistrado. Outra característica que minimiza o abalo da imparcialidade pode ser constatada no enunciado do art. 165 do CPC/15 que estabelece que via de regra as sessões ocorrerão nos centros criados pelos

²⁸⁰ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Análise Comparativa entre a Lei de Mediação e o CPC/15*. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (orgs.). *Grandes Temas do Novo CPC: Justiça Multiportas*. Salvador: JusPodivm, 2016. p.472.

²⁸¹ Art. 2º. Código de Ética e Disciplina da OAB. O advogado, indispensável à administração da Justiça, é defensor do Estado democrático de direito, da cidadania, da oralidade pública, da Justiça e da paz social, subordinando a atividade do seu Ministério Privado à elevada função pública que exerce. Parágrafo único. São deveres do advogado: (...) II – atuar com destemor, independência, honestidade, decoro, veracidade, lealdade, dignidade e boa-fé.

próprios tribunais, e não nas Varas. Com isso, não haveria a possibilidade de suposta influência do advogado com o juiz da causa.

Outro dispositivo apto a “blindar” a imparcialidade do mediador advogado se encontra no próprio dever do auxiliar da justiça de cumprir o dever de sigilo de acordo com o art. 166, §2º do CPC/15. Em caso de descumprimento, esse pode ser responsabilizado administrativamente e até penalmente – art. 8º.

Ada Pellegrini²⁸² destaca que essa limitação desencoraja os advogados a atuarem como mediações e conciliadores e ainda parte do pressuposto que o advogado irá aliciar clientela das partes que se submeterem à autocomposição, destaca-se:

Há aqui uma presunção absoluta de que o advogado possa aliciar clientela entre os participantes do processo consensual. Isso parece absolutamente insensato, pois a regulamentação da conduta ética e das sanções que podem ser impostas ao terceiro facilitador é mais que suficiente para desencorajar qualquer iniciativa nesse sentido. Parece, também, insultuoso para a classe dos advogados. Desencoraja os advogados a exercerem as funções de conciliador/mediador. E é de duvidosa aplicabilidade, pois o Estatuto da OAB – que tem nível de lei complementar - não prevê o impedimento. Cumpre notar que no âmbito dos Juizados Especiais a mesma regra não vem sendo aplicada quando o trabalho do conciliador é voluntário. O impedimento não está previsto na Lei de Mediação, mas não houve sua revogação expressa. Como a Lei trata dos mediadores judiciais e de seus impedimentos nos arts. 4º a 8º, poderia se sustentar que houve revogação tácita do impedimento. Mas evidentemente essa posição não se coaduna com a técnica de integração que defendemos.

Rodrigo Mazzei e Bárbara Seccato apontam para uma aplicação de um “esforço interpretativo” que levaria em conta ser a lei de mediação posterior ao Código de Processo Civil,²⁸³ com isso afirmam no que tange ao impedimento dos advogados mediar e conciliar judicialmente que esse somente se restringe em relação às partes ao afirmarem que “parece ser a mais adequada [conclusão] à realidade e às peculiaridades da prática forense, de modo a garantir a atuação dos profissionais de direito, tanto como advogados, como mediadores e conciliadores”²⁸⁴.

²⁸² GRINOVER, Ada Pellegrini. *O minissistema brasileiro de Justiça consensual: compatibilidades e incompatibilidades*. Disponível em: [http://dirittoetutela.uniroma2.it/files/2013/03/Origens-e-evolu%C3%A7%C3%A3o.pdf]. Acesso em: 08.07.2017. p. 7.

²⁸³ MAZZEI, Rodrigo Reis; CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis. Breve ensaio sobre a postura dos atores processuais em relação aos métodos adequados de resolução de conflitos. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (orgs.). *Grandes Temas do Novo CPC: Justiça Multiportas*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 83.

²⁸⁴ MAZZEI, Rodrigo Reis; CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis. Breve ensaio sobre a postura dos atores processuais em relação aos métodos adequados de resolução de conflitos. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL,

Ada Pellegrini de modo semelhante menciona sobre a prevalência da Lei de Mediação, diante da incompatibilidade com a Resolução 125/2010 e CPC/15, justificando o fato de aquela ser lei posterior, e, portanto, revogar lei anterior. Também menciona sobre as demais técnicas de resolução de antinomias jurídicas, de lei específica derrogar lei genérica e da prevalência da lei na hierarquia dos atos normativos. Apesar disso, não ignora a existência do minissistema brasileiro de métodos consensuais de solução judicial de conflitos naquilo que não conflitam.²⁸⁵

Com as devidas escusas, na presente dissertação se afasta essa aplicação tradicional utilizada para solucionar antinomias jurídicas, pois o pressuposto é o da adoção da teoria do microssistema, em que não se opta simplesmente pela aplicação da norma posterior em detrimento da anterior, e sim pela observação do sistema como um todo e a utilização da que mais se aproxima dos princípios e finalidade dos institutos autocompositivos.

Em que pese a adoção de premissas diversas, chega-se a uma mesma conclusão, de que em conformidade com a Teoria dos Microsistemas, não se deve presumir a ausência de moralidade dos advogados e, ainda, caso alguma das partes se sinta desfavorecida por algum tipo de favorecimento, essa pode com base no princípio da autonomia, suscitar hipótese de suspeição do mediador ou conciliador judiciais conforme autoriza o art. 5º, *caput*, e parágrafo único da lei de mediação cumulado com art. 144 e 145 do CPC/15.

Realizando um adendo sobre a previsão do §3º, do inciso III do art. 144 do CPC/15²⁸⁶, conjuntamente com o art. 5º, *caput*, e parágrafo único da lei de mediação, há impedimento do mediador e conciliador judiciais, quando nele advogar qualquer membro de escritório de advocacia que pertença independente de intervir diretamente ou não no processo.

Trícia Navarro Xavier (orgs.). *Grandes Temas do Novo CPC: Justiça Multiportas*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 83.

²⁸⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. *O minissistema brasileiro de Justiça consensual: compatibilidades e incompatibilidades*. Disponível em: [http://dirittoetutela.uniroma2.it/files/2013/03/Origens-e-evolu%C3%A7%C3%A3o.pdf]. Acesso em: 08.07.2017.

²⁸⁶ Art. 144, III, § 3º. CPC/15: Art. 144. Há impedimento do juiz, sendo-lhe vedado exercer suas funções no processo: III - quando nele estiver postulando, como defensor público, advogado ou membro do Ministério Público, seu cônjuge ou companheiro, ou qualquer parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive; §3º. O impedimento previsto no inciso III também se verifica no caso de mandato conferido a membro.

Melhor concluindo: mediadores e conciliadores judiciais ficam impedidos pelo prazo de um ano, contado do término da última sessão em que atuou, de advogar para qualquer das partes; mediadores e conciliadores judiciais, se advogados de qualquer dos mediandos e conciliandos, estarão impedidos de exercer a mediação e/ou conciliação judiciais entre as partes; e não há impedimento de mediadores e conciliadores judiciais advogarem no mesmo juízo que lá desempenham essas funções de auxiliares da justiça. Logo, o impedimento do advogado deve ser restrito às partes e não ao juízo.

Comparando a presente questão com a Lei de Mediação Alemã, é interessante destacarmos alguns pontos tais como que no Direito Alemão, os mediadores são escolhidos pelas partes e não há qualquer vedação desse ser advogado:

§ 3 Deveres de transparência; limitações relativas à atividade

(1) O mediador deve viabilizar acesso às partes acerca de todos os fatos e circunstâncias que possam comprometer sua independência e neutralidade. Caso se verifiquem estas circunstâncias, o mediador só deve atuar como tal mediante consentimento expresso das partes.

(2) Não pode ser mediador aquele que, antes da mediação, tenha atuado para uma das partes em matéria concernente ao objeto da mediação. Ao mediador é vedado, ainda, durante ou após a mediação, atuar em prol de qualquer uma das partes em matéria relativa ao objeto da mediação.

(3) Não é lícito a ninguém atuar como mediador quando se estiver vinculado profissionalmente a outra pessoa, que, antes da mediação, tenha atuado em prol de uma das partes em matéria relativa ao objeto da mediação. Nestas circunstâncias, também não é lícita a atuação desta outra pessoa em prol de uma das partes durante ou após a mediação.

(4) As limitações contidas no parágrafo 3º não serão aplicáveis quando as partes envolvidas no caso concreto, com amplo acesso às informações pertinentes, manifestem sua concordância e não haja violação de matéria jurisdicional.

(5) O mediador fica obrigado a informar as partes, mediante solicitação das mesmas, acerca de seu histórico profissional, sua formação e sua experiência na área de mediação.²⁸⁷

Nada se menciona sobre a vedação de advogado na atuação do juízo, por exemplo. No entanto, o mediador tem o dever de se informar caso exista alguma circunstância que possa comprometer sua independência e neutralidade.

No âmbito judicial, quando as partes não possuem um consenso sobre a escolha do mediador ou conciliador, seja esse cadastrado ou não no tribunal, a escolha será realizada através de uma distribuição aleatória dentre os cadastrados no registro do tribunal (hipótese enquadrada

²⁸⁷ MIRANDA NETTO, Fernando Gama de; LEITE, Sylvia Quintão. Lei de Mediação alemã. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 26, n. 101, p. 361-368, jan./mar. 2018.

na modalidade de credenciamento), devendo ser observado os critérios da capacitação, conforme determina o art. 168, §2º do CPC/15²⁸⁸.

Do final desse parágrafo se extrai que deve ser observada a formação do profissional. Humberto Dalla Bernardina de Pinho destaca a importância da observância da especialização do mediador ou conciliador judicial diante do conteúdo da matéria que irá auxiliar, destacando o papel dos cursos preverem módulos específicos sobre diferentes áreas.²⁸⁹ Bem como da possibilidade de mediação prevista no §3º do art. 168.

Também no que se infere sobre a contratação, há de verificada a possibilidade de recuso do conciliador ou mediador judicial eleito na distribuição.

A Resolução 125/10 do CNJ trata o princípio da autonomia da vontade das partes juntamente com o princípio da independência apresentando como poder/dever do mediador e conciliador atuar livre de pressões internas e externas.²⁹⁰ Esse ainda é previsto na cláusula geral de negócios processuais do art. 190 do CPC/15.

Ainda, uma das subdivisões do princípio da autonomia da vontade possibilita a contestação por qualquer das partes do conciliador ou mediador judiciais determinado no sorteio da distribuição, como prevê: “a autonomia dos mediados deve ser entendida em sentido *lato*, abarcando: (...) (ii) a indicação do mediador (ou a possibilidade de oposição àquele que tenha sido eleito por distribuição, em caso de mediação judicial.)²⁹¹”.

²⁸⁸ Art. 168. CPC/15. As partes podem escolher, de comum acordo, o conciliador, o mediador ou a câmara privada de conciliação e de mediação. 2º Inexistindo acordo quanto à escolha do mediador ou conciliador, haverá distribuição entre aqueles cadastrados no registro do tribunal, observada a respectiva formação.

²⁸⁹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Comentários ao art. 168. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro de; FREIRE, Alexandre. (Coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 252/253.

²⁹⁰ Art. 1º, V, Anexo III. Resolução 125/10. Independência e autonomia - dever de atuar com liberdade, sem sofrer qualquer pressão interna ou externa, sendo permitido recusar, suspender ou interromper a sessão se ausentes as condições necessárias para seu bom desenvolvimento, tampouco havendo dever de redigir acordo ilegal ou inexecutável.

²⁹¹ ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina; ANDRADE, Juliana Loss. Fundamentos. In: HALE, Durval; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Org.). *O marco legal da mediação no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2016. p.61

A lei de mediação em seu art. 5º, *caput* e parágrafo único enuncia ser extensível aos mediadores às hipóteses de impedimento e suspeição aplicáveis aos juízes previstas no art. 144²⁹² e 145²⁹³ do CPC/15.

No teor do parágrafo único do mesmo enunciado, há previsão de que o mediador deve comunicar fato que possa gerar dúvida sobre sua imparcialidade, situação em que as partes terão oportunidade para recusar a atuação do profissional no processo²⁹⁴.

Quanto a essa possibilidade imprescindível que a parte que realize a solicitação de substituição do conciliador judicial ou mediador judicial eleito na distribuição fundamente suas razões e apresente as provas que possuir para amparar o seu pedido, sob pena de violar o princípio da boa-fé, disposto no art. 5º²⁹⁵ e art. 322, §1º do CPC/15,²⁹⁶ e princípio da

²⁹² Art. 144. CPC/15. Há impedimento do juiz, sendo-lhe vedado exercer suas funções no processo:

I - em que interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou como membro do Ministério Público ou prestou depoimento como testemunha;

II - de que conheceu em outro grau de jurisdição, tendo proferido decisão;

III - quando nele estiver postulando, como defensor público, advogado ou membro do Ministério Público, seu cônjuge ou companheiro, ou qualquer parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive;

IV - quando for parte no processo ele próprio, seu cônjuge ou companheiro, ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive;

V - quando for sócio ou membro de direção ou de administração de pessoa jurídica parte no processo;

VI - quando for herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de qualquer das partes;

VII - em que figure como parte instituição de ensino com a qual tenha relação de emprego ou decorrente de contrato de prestação de serviços;

VIII - em que figure como parte cliente do escritório de advocacia de seu cônjuge, companheiro ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive, mesmo que patrocinado por advogado de outro escritório;

IX - quando promover ação contra a parte ou seu advogado.

²⁹³ Art. 145. CPC/15. Há suspeição do juiz:

I - amigo íntimo ou inimigo de qualquer das partes ou de seus advogados;

II - que receber presentes de pessoas que tiverem interesse na causa antes ou depois de iniciado o processo, que aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa ou que subministrar meios para atender às despesas do litígio;

III - quando qualquer das partes for sua credora ou devedora, de seu cônjuge ou companheiro ou de parentes destes, em linha reta até o terceiro grau, inclusive;

IV - interessado no julgamento do processo em favor de qualquer das partes.

²⁹⁴ Art. 5º. Lei 13.140/15. Aplicam-se ao mediador as mesmas hipóteses legais de impedimento e suspeição do juiz. Parágrafo único. A pessoa designada para atuar como mediador tem o dever de revelar às partes, antes da aceitação da função, qualquer fato ou circunstância que possa suscitar dúvida justificada em relação à sua imparcialidade para mediar o conflito, oportunidade em que poderá ser recusado por qualquer delas.

²⁹⁵ Art. 5º. CPC/15. Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

²⁹⁶ Art. 322. CPC/15. O pedido deve ser certo. § 2º A interpretação do pedido considerará o conjunto da postulação e observará o princípio da boa-fé.

cooperação extensível a todos os atores processuais²⁹⁷. Isso porque a parte não pode fazer uso desse instrumento objetivando retardar a conclusão processual.

Outro critério que deve ser observado na escolha desses profissionais é a observância ao princípio da confidencialidade.

Pode-se dizer que há violação do princípio da boa-fé e lealdade quando do descumprimento da confidencialidade exigida nos meios consensuais de resolução de conflitos. A confidencialidade do processo de resolução consensual de disputa, em face do julgador, pressupõe a impossibilidade de utilização de conteúdo e informações produzidas no esforço da resolução.²⁹⁸

Desde a primeira sessão de mediação, o art. 14 da Lei de Mediação²⁹⁹ já impõe que o mediador deve alertar as partes sobre o dever/poder de sigilo. Isso, para garantir um diálogo aberto entre as partes.

Assim, a confidencialidade deve ser respeitada mesmo nas mediações e conciliações realizadas no curso de um processo judicial, e não só naquelas que ocorrem pré-processualmente. “As sessões de mediação são privadas e confidenciais, de modo que a presença de outras pessoas requer a expressa autorização dos envolvidos, e não se permitem gravações ou registros escritos dos atos e dos diálogos, salvo para fins estatísticos.”³⁰⁰

Tanto o mediador quanto o conciliador não são obrigados a depor sobre fatos que possua conhecimento em detrimento de sua atuação como auxiliar da justiça, pela aplicação do art. 5º, XVI da CR/88³⁰¹ e art. 338, II do CPC/15³⁰² que desobriga o testemunho daqueles que

²⁹⁷ Art. 6º . CPC/15. Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

²⁹⁸ CUNHA, Leonardo Carneiro. *Confidencialidade em face do julgador e prova inadmissível*.

²⁹⁹ Art. 14. Lei 13.140/15. No início da primeira reunião de mediação, e sempre que julgar necessário, o mediador deverá alertar as partes acerca das regras de confidencialidade aplicáveis ao procedimento.

³⁰⁰ ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina; ANDRADE, Juliana Loss. Fundamentos. In: HALE, Durval; PINHO, Humberto Dalla Bernadina de; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Org.). *O marco legal da mediação no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2016. p.62

³⁰¹ Art. 5º. CR/88. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

³⁰² Art. 388. CPC/15. A parte não é obrigada a depor sobre fatos: II - a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo.

possuem conhecimento de fatos sigilosos em detrimento do exercício profissional. O código penal brasileiro prevê pena de detenção de 3 meses a um ano e multa mediante representação ao profissional que revela segredo obtido em decorrência da profissão, sem justa causa, e que cause danos a outra pessoa.³⁰³

Esse princípio coloca em discussão a limitação de escolha de mediadores e conciliadores já que deve ser preservada às partes a confiança de que o discutido nas sessões não seja usado posteriormente contra elas, caso não obtenham êxito na solução consensual da controvérsia.

O próprio princípio da oralidade contraindica que se documentem as sessões de mediação ou conciliação³⁰⁴.

Através do princípio da confidencialidade é criado um ambiente aberto de diálogo entre as partes para que essas venham aumentar a chance de êxito na mediação e conciliação, isso porque as partes ficam cientes de que as informações que foram discutidas durante as sessões não podem ser utilizadas posteriormente pelos envolvidos, pelos auxiliares, ou pelos advogados em futuro processo. Assim, a garantia do princípio da confidencialidade é pressuposto de garantia da eficácia da autocomposição.

Comparando com outros ordenamentos jurídicos estrangeiros, percebe-se que essa preocupação pela confidencialidade não é diversa. Veja-se a Diretiva 2008/52CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 21 de maio de 2008, que em seu art. 7º dispõe sobre a confidencialidade da mediação impedindo que as pessoas envolvidas nessa tentativa de autocompor sejam obrigadas em fornecer provas de um processo de mediação em processos arbitrais, civis ou comerciais, salvo algumas situações específicas³⁰⁵; e ainda, a Lei 29/2013

³⁰³ Art. 154. Código Penal. Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa. Parágrafo único - Somente se procede mediante representação.

³⁰⁴ ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina; ANDRADE, Juliana Loss. Fundamentos. In: HALE, Durval; PINHO, Humberto Dalla Bernadina de; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Org.). *O marco legal da mediação no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2016. p. 59

³⁰⁵ Art. 7º. Diretiva 2008/52CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 21 de maio de 2008. Confidencialidade da mediação 1. Dado que se pretende que a mediação decorra de uma forma que respeite a confidencialidade, os Estados-Membros devem assegurar que, salvo se as partes decidirem em contrário, nem os mediadores, nem as pessoas envolvidas na administração do processo de mediação sejam obrigadas fornecer provas em processos judiciais ou arbitragens civis ou comerciais, no que se refere a informações decorrentes ou relacionadas com um processo de mediação, excepto: a) Caso tal seja necessário por razões imperiosas de ordem pública do Estado-Membro em causa, em especial para assegurar a protecção do superior interesse das crianças ou para evitar que seja lesada a integridade física ou psíquica de uma pessoa, ou; b) Caso a divulgação do conteúdo do acordo

de Portugal que dispõe sobre a natureza confidencial da mediação, não podendo esse auxiliar da justiça fazer uso das informações obtidas para uso próprio ou de outrem.³⁰⁶

Ravi Peixoto ao justificar a necessidade de sigilo para o diálogo aberto das partes aponta sobre o evidente receio que essas se submeteriam se não existisse a confidencialidade. Para tanto, esse doutrinador exemplifica: “a exemplo de uma parte que aborda o problema envolvido, reconhecendo a culpa poder ser utilizada no litígio judicial.”³⁰⁷

Cabe ressaltar que esse princípio pode ser afastado de modo parcial ou total desde que em comum acordo entre os envolvidos (art. 1º, I, Resolução 125/10 e art. 30 da Lei 13.140/15).

Quando se menciona o princípio da confidencialidade, discute-se a possibilidade se o juiz que julgará determinado caso poderia realizar as sessões judiciais de mediação e conciliação do mesmo.

Importante salientar que o art. 139 ao descrever o modo que o juiz deve dirigir o processo retrata que a autocomposição deve ser realizada preferencialmente com conciliadores e mediadores judiciais.³⁰⁸

obtido por via de mediação seja necessária para efeitos da aplicação ou execução desse acordo. 2. Nada no n.º 1 obsta a que os Estados-Membros apliquem medidas mais rigorosas para proteger a confidencialidade da mediação. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=celex%3A32008L0052>. Acesso em 18/07/2018.

³⁰⁶ Art. 5.º Lei 29/2013 de Portugal. Princípio da confidencialidade. 1 - O procedimento de mediação tem natureza confidencial, devendo o mediador de conflitos manter sob sigilo todas as informações de que tenha conhecimento no âmbito do procedimento de mediação, delas não podendo fazer uso em proveito próprio ou de outrem. 2 - As informações prestadas a título confidencial ao mediador de conflitos por uma das partes não podem ser comunicadas, sem o seu consentimento, às restantes partes envolvidas no procedimento. 3 - O dever de confidencialidade sobre a informação respeitante ao conteúdo da mediação só pode cessar por razões de ordem pública, nomeadamente para assegurar a proteção do superior interesse da criança, quando esteja em causa a proteção da integridade física ou psíquica de qualquer pessoa, ou quando tal seja necessário para efeitos de aplicação ou execução do acordo obtido por via da mediação, na estrita medida do que, em concreto, se revelar necessário para a proteção dos referidos interesses. 4 - Exceto nas situações previstas no número anterior ou no que diz respeito ao acordo obtido, o conteúdo das sessões de mediação não pode ser valorado em tribunal ou em sede de arbitragem. Disponível em: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/260394/details/maximized> Acesso em: 17/07/2018.

³⁰⁷ PEIXOTO, Ravi. Os “Princípios” da Mediação e da Conciliação: Uma Análise da Res. 125/2010 do CNJ, do CPC/2015 e da Lei 13.140/2015. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (orgs.). *Grandes Temas do Novo CPC: Justiça Multiportas*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 98.

³⁰⁸ Art. 139. CPC/15. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: (...) V - promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais;

Há quem defenda a possibilidade do juiz realizar a tentativa de autocomposição, como se observa no enunciado 23 da I Jornada de Direito Processual Civil do Conselho da Justiça Federal: “Na ausência de auxiliares da justiça, o juiz poderá realizar a audiência inaugural do art. 334 do CPC/15, especialmente se a hipótese for de conciliação.” Acrescenta-se que do teor do enunciado 6 do Conselho Nacional de Justiça, na nova redação - XXXVII - Florianópolis/SC, também aparenta ter sido autorizada a realização de sessão de conciliação por juízes, como se observa: “Não é necessária a presença do juiz togado ou leigo na Sessão de Conciliação, nem a do juiz togado na audiência de instrução conduzida por juiz leigo.”

Reitera-se a advertência prevista por Owen Fiss³⁰⁹ acerca de desvirtuações da utilização desacompanhada do acordo, como o consentimento obtido via coação, e o envolvimento do juiz que participou das sessões de mediação e conciliação que não logrou êxito, e a contaminação de seu julgamento ao prosseguir com a instrução.

Rodrigo Mazzei e Bárbara Seccato também observam que não deve existir contaminação do juiz que julgará a controvérsia que tentou autocompor, mas que não logrou êxito³¹⁰.

Deve ser evitado que o magistrado que já tomou conhecimento de informações sigilosas reveladas pelas partes tenha preconceito cognitivo em relação a alguma das partes e viole o princípio da imparcialidade que deve reger sua atuação profissional. Fredie Didier Jr. acrescenta: “é perigosa e ilícita a postura de alguns juízes que constroem as partes à realização de acordos judiciais. Não é recomendável, aliás, que o juiz da causa exerça as funções de mediador ou conciliador.”³¹¹

Kazuo Watanabe brilhantemente observou que o insucesso de muitas tentativas conciliatórias ocorreu, pois foram realizadas pelo magistrado designado ao julgamento da causa. Esse apontou que a atuação desse é limitada, por exemplo, na formulação de acordos e propostas,

³⁰⁹ FISS, Owen. Contra o acordo. In: *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. Trad. Daniel Porto Godinho da Silva e Melina Medeiros Rós. São Paulo: RT, 2004. p. 123/125.

³¹⁰ MAZZEI, Rodrigo Reis; CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis. Breve ensaio sobre a postura dos atores processuais em relação aos métodos adequados de resolução de conflitos. In: ZANETTI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (orgs.). *Grandes Temas do Novo CPC: Justiça Multiportas*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 73

³¹¹ DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 331.

já que pode configurar um pré-julgamento.³¹² Do mesmo modo, Fernanda Tartuce retrata que na atividade conciliatória, o juiz não pode ser autor de intimidação, infundindo temor às partes de que preste jurisdição. O consentimento para a celebração dos pactos deve ser, obviamente, livre de vícios. O poder do magistrado não deve ser usado para forçar ou intimidar as partes, sob pena de gravíssimo comprometimento da liberdade negocial dos litigantes e da isenção do julgador.³¹³

Além do mais, a atuação de juízes que julgarão a causa se infrutífera a autocomposição em sessões de mediação e conciliação judiciais provavelmente esvaziará o próprio instituto da mediação e conciliação que visa o debate e diálogo aberto. Fato também constatado por Kazuo Watanabe ao advertir sobre a preocupação das partes de as propostas ou aceitação de acordo ser interpretados pelo magistrado a julgar a causa como “fraqueza de sua posição ou pretensão.”³¹⁴

Logo, deve ser permitido um ambiente em que seja possível um diálogo aberto das partes sendo garantida a autonomia da vontade dessas em firmar ou não um acordo sem que se sintam coagidas a autocompor, sob o receio de que um insucesso na autocomposição possa comprometer a imparcialidade do magistrado julgador da controvérsia. Desse modo, sem obstrução do princípio da confidencialidade e da imparcialidade.

4.2 FORMALIDADES DE CONTRATAÇÃO

Outro ponto de importância na estruturação administrativa se refere às formalidades de contratação dos mediadores e conciliadores judiciais que são distintas para as hipóteses de contratação de servidores efetivos e de terceirização.

³¹² WATANABE, Kazuo, Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanode de (orgs.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrine Grinover*. São Paulo. DPJ Editora, 2005. 1 ed. P. 690.

³¹³ TARTUCE, Fernanda. Conciliação e Poder Judiciário. Disponível em http://www.fernandatartuce.com.br/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=43&Itemid=56&limitstart=10. Acesso em: 13 fev. 2016.

³¹⁴ WATANABE, Kazuo, Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanode de (orgs.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrine Grinover*. São Paulo. DPJ Editora, 2005. 1 ed. P. 690.

4.2.1 Servidores públicos: instituição de quadro próprio de conciliadores e mediadores judiciais e prévia realização de concurso público

Como já abordado no tópico 3.1.1, os conciliadores e mediadores judiciais, se servidores públicos, devem ser inseridos mediante prévia aprovação em concurso público e ocupar cargos específicos de facilitadores. Infringir tais normas permitindo que servidores comissionados exerçam tal função pública não encontra amparo legal, violando, inclusive, o disposto no art. 37, V, da CR/88 que apenas admite a criação de cargos em comissão, se destinados às atribuições de direção, chefia e assessoramento.³¹⁵

4.2.2 Terceirizados

Além da possibilidade de contratação de servidores públicos para quadro próprio de mediadores e conciliadores judiciais, o ordenamento jurídico também admite a terceirização dessa atividade.

Contudo, como não há regramento específico sobre como se instrumentalizaria a contratação de conciliadores e mediadores judiciais terceirizados, cumpre verificar, tendo em vista as exigências do regime jurídico administrativo, sobre a necessidade de licitação, ou se seria viável a contratação direta por dispensa ou inexigibilidade de licitação.

4.2.2.1 Conciliadores e Mediadores Cadastrados: contratação direta na modalidade de credenciamento

³¹⁵ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

De acordo com Hely Lopes Meireles, a licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública opta pela proposta mais vantajosa para efetivar contratação de seu interesse, tendo como pressuposto a competição entre os interessados, no intuito de propiciar idênticas oportunidades aos que almejam contratar com o Poder Público, de acordo com os padrões previamente constituídos pela Administração. Tal procedimento atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos³¹⁶.

A necessidade da realização de um certame licitatório para a aquisição de produtos e serviços pela Administração Pública resulta de imposição constitucional, colhida do art. 37, XXI da CR/88 que estabelece que “serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei.” Esse processo somente “permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”³¹⁷ Esse dispositivo constitucional encena a regra geral para as contratações da Administração Pública.

São exceções a essa regra as modalidades de contratação direta por dispensa e inexigibilidade de licitação, que apenas incidem quando “o caso concreto estiver enquadrado nas hipóteses legais previstas, e, ainda se a contratação direta for a forma única, eficaz, para o atendimento do Interesse Público, decorrente do atendimento à finalidade que se busca com a contratação.”³¹⁸

As hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação se diferenciam entre si: dispensa, na lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro ocorre quando existe “possibilidade de competição que justifique a licitação, de modo que a lei faculta a dispensa, que fica inserida na competência discricionária da Administração”. Enquanto que a inexigibilidade evoca a inviabilidade de competição, “porque só existe um objeto ou uma pessoa que atenda às

³¹⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 33ª Edição. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. Malheiros Editores. São Paulo, 2007, p. 231.

³¹⁷ Art. 37, XXI. CF/88. ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

³¹⁸ LEITE JUNIOR, Edgard Hermelino. *Dispensa e Inexigibilidade de Licitação*. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda; TAVOLARO, Luiz Antonio. *Licitações e Contratos Administrativos uma visão atual à luz dos Tribunais de Contas*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 241.

necessidades da Administração; a licitação é, portanto, inviável.”³¹⁹ Enfim, enquanto na inexigibilidade a contratação direta é permitida por não haver a possibilidade de competição, existindo apenas um objeto ou uma pessoa que atenda às necessidades da Administração, na dispensa a própria lei faculta o processo licitatório deixando a decisão à Administração, no exercício de sua competência discricionária³²⁰.

O Tribunal de Contas já se manifestou que as hipóteses de inexigibilidade previstas na lei 8.666/1993 não são exaustivas “sendo possível a contratação com base no *caput* do art. 25 sempre que houver comprovada inviabilidade de competição”.³²¹

A lei geral de licitações e contratos (lei 8.666/1993) confere à faculdade de contratação direta por dispensa de licitação à Administração Pública a possibilidade de efetuar a contratação direta de serviços nas situações estabelecidas, em seus art. 24³²² e art. 25³²³ que trata da contratação direta por inexigibilidade de licitação.

³¹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 29ª.ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 433.

³²⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 33ª Edição. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. Malheiros Editores. São Paulo, 2007, p. 231 - 234.

³²¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 2418/2006*. Plenário. data de publicação: 12 de dez. 2006.

³²² Art. 24. Lei 8.666. É dispensável a licitação: I - para obras e serviços de engenharia de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso I do artigo anterior, desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente; II - para outros serviços e compras de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso II do artigo anterior e para alienações, nos casos previstos nesta Lei, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez; III - nos casos de guerra ou grave perturbação da ordem; IV - nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos; V - quando não acudirem interessados à licitação anterior e esta, justificadamente, não puder ser repetida sem prejuízo para a Administração, mantidas, neste caso, todas as condições preestabelecidas; VI - quando a União tiver que intervir no domínio econômico para regular preços ou normalizar o abastecimento; VII - quando as propostas apresentadas consignarem preços manifestamente superiores aos praticados no mercado nacional, ou forem incompatíveis com os fixados pelos órgãos oficiais competentes, casos em que, observado o parágrafo único do art. 48 desta Lei e, persistindo a situação, será admitida a adjudicação direta dos bens ou serviços, por valor não superior ao constante do registro de preços, ou dos serviços; (Vide § 3º do art. 48) VIII - para a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integre a Administração Pública e que tenha sido criado para esse fim específico em data anterior à vigência desta Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado; IX - quando houver possibilidade de comprometimento da segurança nacional, nos casos estabelecidos em decreto do Presidente da República, ouvido o Conselho de Defesa Nacional; X - para a compra ou locação de imóvel destinado ao atendimento das finalidades precípuas da administração, cujas necessidades de instalação e localização condicionem a sua escolha, desde que o preço seja compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

XI - na contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento, em consequência de rescisão contratual, desde que atendida a ordem de classificação da licitação anterior e aceitas as mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor, inclusive quanto ao preço, devidamente corrigido; XII - nas compras de hortifrutigranjeiros, pão e outros gêneros perecíveis, no tempo necessário para a realização dos processos licitatórios correspondentes, realizadas diretamente com base no preço do dia; XIII - na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos; XIV - para a aquisição de bens ou serviços nos termos de acordo internacional específico aprovado pelo Congresso Nacional, quando as condições ofertadas forem manifestamente vantajosas para o Poder Público; XV - para a aquisição ou restauração de obras de arte e objetos históricos, de autenticidade certificada, desde que compatíveis ou inerentes às finalidades do órgão ou entidade. XVI - para a impressão dos diários oficiais, de formulários padronizados de uso da administração, e de edições técnicas oficiais, bem como para prestação de serviços de informática a pessoa jurídica de direito público interno, por órgãos ou entidades que integrem a Administração Pública, criados para esse fim específico; XVII - para a aquisição de componentes ou peças de origem nacional ou estrangeira, necessários à manutenção de equipamentos durante o período de garantia técnica, junto ao fornecedor original desses equipamentos, quando tal condição de exclusividade for indispensável para a vigência da garantia; XVIII - nas compras ou contratações de serviços para o abastecimento de navios, embarcações, unidades aéreas ou tropas e seus meios de deslocamento quando em estada eventual de curta duração em portos, aeroportos ou localidades diferentes de suas sedes, por motivo de movimentação operacional ou de adestramento, quando a exiguidade dos prazos legais puder comprometer a normalidade e os propósitos das operações e desde que seu valor não exceda ao limite previsto na alínea "a" do inciso II do art. 23 desta Lei; XIX - para as compras de material de uso pelas Forças Armadas, com exceção de materiais de uso pessoal e administrativo, quando houver necessidade de manter a padronização requerida pela estrutura de apoio logístico dos meios navais, aéreos e terrestres, mediante parecer de comissão instituída por decreto; XX - na contratação de associação de portadores de deficiência física, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, por órgãos ou entidades da Administração Pública, para a prestação de serviços ou fornecimento de mão-de-obra, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado. XXI - para a aquisição ou contratação de produto para pesquisa e desenvolvimento, limitada, no caso de obras e serviços de engenharia, a 20% (vinte por cento) do valor de que trata a alínea "b" do inciso I do caput do art. 23; XXII - na contratação de fornecimento ou suprimento de energia elétrica e gás natural com concessionário, permissionário ou autorizado, segundo as normas da legislação específica; XXIII - na contratação realizada por empresa pública ou sociedade de economia mista com suas subsidiárias e controladas, para a aquisição ou alienação de bens, prestação ou obtenção de serviços, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado. XXIV - para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão. XXV - na contratação realizada por Instituição Científica e Tecnológica - ICT ou por agência de fomento para a transferência de tecnologia e para o licenciamento de direito de uso ou de exploração de criação protegida. XXVI - na celebração de contrato de programa com ente da Federação ou com entidade de sua administração indireta, para a prestação de serviços públicos de forma associada nos termos do autorizado em contrato de consórcio público ou em convênio de cooperação. XXVII - na contratação da coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos urbanos recicláveis ou reutilizáveis, em áreas com sistema de coleta seletiva de lixo, efetuados por associações ou cooperativas formadas exclusivamente por pessoas físicas de baixa renda reconhecidas pelo poder público como catadores de materiais recicláveis, com o uso de equipamentos compatíveis com as normas técnicas, ambientais e de saúde pública. XXVIII - para o fornecimento de bens e serviços, produzidos ou prestados no País, que envolvam, cumulativamente, alta complexidade tecnológica e defesa nacional, mediante parecer de comissão especialmente designada pela autoridade máxima do órgão. XXIX - na aquisição de bens e contratação de serviços para atender aos contingentes militares das Forças Singulares brasileiras empregadas em operações de paz no exterior, necessariamente justificadas quanto ao preço e à escolha do fornecedor ou executante e ratificadas pelo Comandante da Força. XXX - na contratação de instituição ou organização, pública ou privada, com ou sem fins lucrativos, para a prestação de serviços de assistência técnica e extensão rural no âmbito do Programa Nacional de Assistência Técnica e Extensão Rural na Agricultura Familiar e na Reforma Agrária, instituído por lei federal. XXXI - nas contratações visando ao cumprimento do disposto nos arts. 3º, 4º, 5º e 20 da Lei no 10.973, de 2 de dezembro de 2004, observados os princípios gerais de contratação dela constantes. XXXII - na contratação em que houver transferência de tecnologia de produtos estratégicos para o Sistema Único de Saúde - SUS, no âmbito da Lei no 8.080, de 19 de setembro de 1990, conforme elencados em ato da direção nacional do SUS, inclusive por ocasião da aquisição destes produtos durante as etapas de absorção tecnológica. XXXIII - na contratação de entidades privadas sem fins lucrativos, para a implementação de cisternas ou outras tecnologias sociais de acesso à água para consumo humano e produção de alimentos, para beneficiar as famílias rurais de baixa renda atingidas pela seca ou falta

A análise conjugada do CPC/15 com a Lei 8.666/93 indica que a terceirização de conciliadores e mediadores judiciais encena contratação direta por inexigibilidade de licitação na modalidade credenciamento. O credenciamento é o “procedimento pelo qual a Administração fixa o preço a ser pago aos seus futuros contratados e cria um banco a ser formado por sujeitos que atendam os requisitos definidos em instrumento convocatório.”³²⁴ Ele se aplica a “situações em que, embora haja mais de um sujeito com potencial para ser contratado, a demanda da Administração é de um tamanho tal que apenas um não consegue satisfazer a quantidade a ser contratada”, remetendo, portanto, a “hipóteses nos quais a inviabilidade da licitação decorre da ausência de critérios para selecionar a melhor proposta” não em razão da unicidade de contratado, mas tão somente da inviabilidade de competição.”³²⁵

Nesse ponto, deve estar claro que “a abertura da possibilidade de contratação de mais de um sujeito quando o contrato público ocorre por inexigibilidade de licitação é uma postura capaz

regular de água. XXXIV - para a aquisição por pessoa jurídica de direito público interno de insumos estratégicos para a saúde produzidos ou distribuídos por fundação que, regimental ou estatutariamente, tenha por finalidade apoiar órgão da administração pública direta, sua autarquia ou fundação em projetos de ensino, pesquisa, extensão, desenvolvimento institucional, científico e tecnológico e estímulo à inovação, inclusive na gestão administrativa e financeira necessária à execução desses projetos, ou em parcerias que envolvam transferência de tecnologia de produtos estratégicos para o Sistema Único de Saúde - SUS, nos termos do inciso XXXII deste artigo, e que tenha sido criada para esse fim específico em data anterior à vigência desta Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado. XXXV - para a construção, a ampliação, a reforma e o aprimoramento de estabelecimentos penais, desde que configurada situação de grave e iminente risco à segurança pública.

³²³ Art. 25. Lei 8.666/93. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial: I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes; II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação; III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

³²⁴ OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. O credenciamento para contratação de serviço técnico profissional especializado de natureza singular. In: MURARO, Leopoldo Gomes (coord.) *Publicações da Escola da AGU*. Brasília:Fórum, 2016. p. 175.

³²⁵ OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. O credenciamento para contratação de serviço técnico profissional especializado de natureza singular. In: MURARO, Leopoldo Gomes (coord.) *Publicações da Escola da AGU*. Brasília:Fórum, 2016. P. 174/175.

de conferir aplicação ao princípio republicano, previsto no art. 1º da Constituição”³²⁶, visto que “trata a todos com igualdade e acarreta ao Estado a prestação de um bom serviço.”³²⁷

O credenciamento se originou da prática frequente da Administração Pública em efetivar uma maior contratação de interessados que atendem os requisitos de habilitação estabelecidos pela Administração. Pelo credenciamento “a Administração convoca todos os profissionais de determinado setor, dispondo-se a contratar todos os que tiverem interesse e que satisfaçam os requisitos estabelecidos, ela própria fixando o valor que se dispõe a pagar.”³²⁸

Apesar de não existir lei específica sobre a figura do credenciamento, essa modalidade de contratação por inexigibilidade de licitação já foi acatada pelo Tribunal de Contas da União³²⁹. Sendo recomendado, por exemplo, na contratação de serviços de saúde³³⁰.

Além disso, ainda que não previsto especificamente na legislação o credenciamento possui amplo amparo na doutrina. Joel de Menezes Nieburh retrata que apesar de a hipótese do credenciamento não estar prevista especificamente na Lei 8.666/93 essa modalidade de contratação encontra amparo na inviabilidade de competição, logo se amolda na situação fática de inexigibilidade de licitação.³³¹ Ao explicar sobre o porquê do credenciamento se

³²⁶ OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. O credenciamento para contratação de serviço técnico profissional especializado de natureza singular. In: MURARO, Leopoldo Gomes (coord.) *Publicações da Escola da AGU*. Brasília:Fórum, 2016. P. 174/175.

³²⁷ OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. O credenciamento para contratação de serviço técnico profissional especializado de natureza singular. In: MURARO, Leopoldo Gomes (coord.) *Publicações da Escola da AGU*. Brasília:Fórum, 2016. P. 174/175.

³²⁸ JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. *Contratação direta sem licitação: dispensa de licitação: inexigibilidade de licitação: comentários às modalidades de licitação, inclusive o pregão: procedimentos exigidos para a regularidade da contratação direta*. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 540.

³²⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo nº TC-016.171/94. Decisão nº 104/1995 – Plenário. Relator: Ministro Adhemar Paladini Ghisi. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 27 mar. 1995. Seção 1, p. 4215; Processo nº TC-016.522/95-8. Decisão nº 656/1995 – Plenário. Relator: Ministro Homero Santos. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 28 nov. 1998. p. 22555; e Processo nº TC-004.605/92-4. Decisão nº 126/1998 – Plenário. Relator: Ministro Valmir Campelo. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 07 abr. 1998. Seção 1, p.77.

³³⁰ Ao ensejo, cf. o excerto da decisão lavrada pelo Tribunal de Contas da União: “6. A questão da inexigibilidade de licitação para realização do “credenciamento” foi objeto de vasta análise no âmbito do Tribunal (TC nº 008.797/93-5). Inicialmente, o procedimento foi sugerido pela Comissão constituída, para oferecer proposta de modificação das normas de assistência médica complementar do Tribunal (OS nº 49/92), e em seguida, analisado pela então Secretaria Jurídica – SEJUR – pelo Chefe do Serviço de Controle de Afastamento e Benefícios Médicos – SCABM e pela Secretaria de Auditoria, que concluíram pela legalidade de contratação de serviços de saúde, com inexigibilidade de processo licitatório, utilizando-se o critério do credenciamento” (TCU, Decisão nº 104/95, Processo nº TC 016.171/94-2. Relator Ministro Adhemar Paladini Ghisi.Data no DOU 27/03/1995).

³³¹ NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação Pública e Contrato Administrativo*. 2ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 100.

enquadrar na hipótese de inexigibilidade de licitação, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, explica que “os possíveis licitantes não competirão, no sentido estrito da palavra, inviabilizando a competição, uma vez que a todos foi assegurada a contratação.”³³²

Apesar de o legislador processual ter utilizado a expressão “cadastro” e não “credenciamento”, os requisitos previstos no CPC/15 para a contratação de conciliadores e mediadores judiciais se amoldam à contratação por credenciamento

Com isso, conclui-se que, apesar de tal modelo não possuir qualquer previsão legal expressa autorizando a sua realização, rotineiramente vem se utilizando tal ferramenta na prática jurídica, que alicerça a sua admissão no fato de que o credenciamento seria, na verdade, decorrência lógica do art. 25 da Lei 8.666/93³³³.

4.2.2.2 Conciliadores e Mediadores indicados pelas partes: contratação direta por inexigibilidade de licitação

Também quando se cogita, por outro lado, da contratação de conciliadores e mediadores indicados pelas partes em comum acordo (art. 168 do CPC/15), configura-se a inviabilidade de concorrência, que caracteriza a inexigibilidade de licitação. É que a própria lei processual conferiu às partes essa escolha, “pelo que cabe à Administração tão somente efetivar a contratação do profissional indicado.”³³⁴, sendo vedado qualquer ingerência sua nessa escolha.

Nessa hipótese incide o art. 25 da lei 8.666/93 que estabelece ser inexigível a licitação quando inviável a competição.

³³² JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. *Contratação direta sem licitação: dispensa de licitação: inexigibilidade de licitação: comentários às modalidades de licitação, inclusive o pregão: procedimentos exigidos para a regularidade da contratação direta*. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 540.

³³³ NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação Pública e Contrato Administrativo*, p. 100 e seguintes.

³³⁴ MADUREIRA, Claudio Penedo; FIGUEIREDO, Thiago Alves de. *Terceirização de Conciliadores e Mediadores: formalidades de contratação, remuneração e financiamento do modelo*. (texto inédito). p. 9.

4.3 FORMA DE REMUNERAÇÃO

A Resolução 125/10 do CNJ, ³³⁵, com a redação trazida pela Emenda 2/16, confere aos tribunais regulamentar a remuneração dos conciliadores e mediadores (art. 7º, §5º)³³⁶, embora também disponha sobre a possibilidade das sessões de mediação e conciliação serem realizadas voluntariamente, de igual modo admitido pelo art. 169, §1º do CPC/15³³⁷.

A Lei 13.140/15 deixa claro em seu art. 13 que os mediadores judiciais serão remunerados conforme critérios definidos pelos tribunais e mediante custeio das partes, salvo os casos de gratuidade de justiça concedido aos necessitados.³³⁸

Contudo, nos diplomas normativos acima mencionados não restou previsto o modo de remunerar, se por salário ou pagamento por serviço executado.

No que se tange à remuneração dos profissionais que atuarem na mediação e conciliação judicial, na vigência do CPC/73, pela ausência de norma que trata-se sobre essa temática, havia uma grande insegurança sobre como proceder com a remuneração dos conciliadores e mediadores judiciais.

Humberto Dalla Bernardina de Pinho comenta que “alguns estados encaravam a atividade de conciliadores e mediadores como serviço voluntário e honorífico. Quem exercesse tais funções nada recebia, a não ser uma declaração de relevantes serviços prestados”³³⁹, sendo a “contraprestação” desses voluntários a declaração do serviço efetuado para fins de contagem de prática jurídica em serviço público. O autor acrescenta que “outros estados tinham previsão

³³⁵ Art. 7º, § 5º. Resolução 125/10 do CNJ. Nos termos do art. 169, § 1º, do Novo Código de Processo Civil, a Mediação e a Conciliação poderão ser realizadas como trabalho voluntário. (Incluído pela Emenda nº 2, de 08.03.16)

³³⁶ Art. 7º. Resolução 125/10 do CNJ. Os tribunais deverão criar, no prazo de 30 dias, Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (Núcleos), coordenados por magistrados e compostos por magistrados da ativa ou aposentados e servidores, preferencialmente atuantes na área, com as seguintes atribuições, entre outras: (Redação dada pela Emenda nº 2, de 08.03.16) VIII - regulamentar, se for o caso, a remuneração de conciliadores e mediadores, nos termos do art. 169 do Novo Código de Processo Civil combinado com o art. 13 da Lei de Mediação. (Incluído pela Emenda nº 2 de, 08.03.16)

³³⁷ Art. 169, §1º. CPC/15. A mediação e a conciliação podem ser realizadas como trabalho voluntário, observada a legislação pertinente e a regulamentação do tribunal.

³³⁸ Art. 13. Lei 13.140/15. A remuneração devida aos mediadores judiciais será fixada pelos tribunais e custeada pelas partes, observado o disposto no § 2º do art. 4º desta Lei.

³³⁹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Comentários ao art. 169. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro de; FREIRE, Alexandre. (Coord.). Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 253.

de pagamento de um auxílio, ou mesmo realizavam concurso público para o exercício dessa função.”³⁴⁰ Kazuo Watanabe destaca a disparidade dessa regulamentação ao constatar que “há estados, como o de São Paulo, que se valem do serviço de conciliadores voluntários, que não recebem qualquer remuneração. Em outras comarcas, prestam serviços como conciliadores alunos de faculdades de direito, que teriam a orientação de algum professor. Em outros, como na Bahia, a conciliação está a cargo de um funcionário nomeado especialmente para esse fim, que recebe um salário fixo. Em outros, ainda, como no Rio Grande do Sul, a conciliação é promovida pelo juiz leigo, que recebe remuneração calculada por tarefa executada”³⁴¹

Kazuo Watanabe desde 2012 retratou bem essa falta de consenso sobre o modo de remunerar ao dispor que haviam experiências institucionalizadas em vários órgãos do Poder Judiciário, como nos juizados especiais cíveis para causas de menor complexidade, hoje de criação obrigatória pelos Estados, não havendo uniformidade, porém, nessas experiências. Existe estados, como o de São Paulo, que se valem do serviço de conciliadores voluntários, que não recebem qualquer remuneração, enquanto outras comarcas prestam serviços como conciliadores alunos de faculdades de direito, que teriam a orientação de algum professor. Em Estados como na Bahia, a conciliação está a cargo de um funcionário nomeado especialmente para esse fim, que recebe um salário fixo, já no Rio Grande do Sul, a conciliação é promovida pelo juiz leigo, que recebe remuneração calculada por tarefa executada, não havendo, também, critério uniforme para a capacitação, treinamento e atualização dos mediadores/conciliadores, ponto sumamente preocupante, uma vez que diz com a qualidade da mediação e da conciliação.³⁴² Ainda hoje, numa análise empírica se observa que não há uma uniformidade entre os estados sobre o modo de remunerar esses facilitadores.

³⁴⁰ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Comentários ao art. 169. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro de; FREIRE, Alexandre. (Coord.). Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 253.

³⁴¹ WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e meios consensuais de solução de conflitos. In: ALMEIDA, Rafael Alves de; Almeida, Tania; CRESPO, Mariana Hernandez [Org.]. *Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV, 2012.p. 93.

³⁴² WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e meios consensuais de solução de conflitos. In: ALMEIDA, Rafael Alves de; Almeida, Tania; CRESPO, Mariana Hernandez [Org.]. *Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV, 2012.p. 93.

Por sua vez, o CPC/15, faculta aos tribunais a opção de criar quadro próprio de conciliadores e mediadores preenchidos por concurso de provas e títulos³⁴³, do mesmo modo que também prevê a possibilidade de trabalho voluntário desses profissionais, art. 169, §1º³⁴⁴.

A seu turno, a Lei 13.140/15 determina a fixação pelos tribunais dos honorários a serem custeados pelas partes.³⁴⁵

Diante de diferentes regramentos parece persistir dúvidas sobre qual forma de remuneração deve prevalecer.

Para uma melhor compreensão sobre a forma de remuneração dos conciliadores e mediadores judiciais é imprescindível que análise seja subdividida para os casos em que se está diante de servidores públicos, e situações em que se está diante de terceirizados, sejam estes cadastrados ou indicado pelas partes.

4.3.1 Servidores Públicos: pagamentos de vencimentos/subsídios

Sobre a forma remuneratória dos mediadores e conciliadores judiciais investidos em quadro próprio e via concurso público (art. 167, §6º do CPC/15) a esses é garantido o pagamento de vencimentos ou subsídios, conforme art. 37, X da CR/88³⁴⁶.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro esclarece que a CR/88 menciona ora a expressão remuneração, ora vencimento para “referir-se à contribuição pecuniária paga aos servidores públicos pelas entidades da Administração Pública direta ou indireta.”³⁴⁷

³⁴³ Art. 167, § 6º. CPC/15. O tribunal poderá optar pela criação de quadro próprio de conciliadores e mediadores, a ser preenchido por concurso público de provas e títulos, observadas as disposições deste Capítulo.

³⁴⁴ Art. 169, § 1º. CPC/15. A mediação e a conciliação podem ser realizadas como trabalho voluntário, observada a legislação pertinente e a regulamentação do tribunal.

³⁴⁵ Art. 13. Lei 13.140/15. A remuneração devida aos mediadores judiciais será fixada pelos tribunais e custeada pelas partes, observado o disposto no § 2º do art. 4º desta Lei.

³⁴⁶ Art. 37, X. CR/88. A remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

³⁴⁷ Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30.ed. Rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 754.

Já o termo subsídio, esse não estava previsto na redação original da CR/88, no entanto, retornou a sua previsão³⁴⁸ com a EC 19/98, no §4º do art. 39 da CR/88.³⁴⁹ Quanto ao subsídio, esse é “constituído por parcela única, que exclui a possibilidade de percepção de vantagens pecuniárias variáveis.”³⁵⁰ porém somente é devido para alguns agentes públicos³⁵¹.

Conforme art. 37, X da CR/88 a remuneração dos servidores públicos deve ser criada por lei específica, estando excluídas as possibilidades de normas inferiores estipularem a forma de remuneração dos servidores públicos.

Os conciliadores e mediadores judiciais se contratados dessa forma, se submetem ao regime estatutário “quando nomeados, eles ingressam numa situação jurídica previamente definida, à qual se submetem com o ato da posse; não há possibilidade de qualquer modificação das normas vigentes por meio de contrato.”³⁵² Sendo que a modificação das regras do regime estatutário pode ocorrer unilateralmente pela Administração Pública, desde que respeitado os direitos adquiridos do servidor público.

Quanto ao pagamento dos servidores públicos, Maria Sylvia Zanella Di Pietro destaca que a regra que tem prevalecido é que o estipêndio do servidor público é composto por uma parcela que é fixa, estabelecida por lei, e outra variável de um servidor para outro devido a “condições especiais de prestação do serviço, em razão do tempo de serviço e outras circunstâncias previstas nos estatutos funcionais e que são denominadas, genericamente, de

³⁴⁸ O termo subsídio já era utilizado na Constituição Federal de 1967 com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 1 de 1969.

³⁴⁹ Art. 39, § 4º, CR/88. O membro de Poder, o detentor de mandato eletivo, os Ministros de Estado e os Secretários Estaduais e Municipais serão remunerados exclusivamente por subsídio fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, obedecido, em qualquer caso, o disposto no art. 37, X e XI. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

³⁵⁰ Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30.ed. Rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 755.

³⁵¹ “Serão obrigatoriamente remunerados por subsídios: a) todos os agentes públicos mencionados no artigo 39, § 4º, a saber: membro de Poder (o que compreende os membros do Legislativo, Executivo e Judiciário da União, Estados e Municípios), o detentor de mandato eletivo (já alcançado pela expressão membro de Poder), Ministros de Estado e Secretários Estaduais e Municipais; b) os membros do Ministério Público (art. 128, § 5º, I, c, com a redação da Emenda nº 19); c) os integrantes da Advocacia-Geral da União, os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal e os Defensores Públicos (art. 135, com a redação da Emenda nº 19); d) os Ministros do Tribunal de Contas da União (art. 73, § 3º); e) os servidores públicos policiais (art. 144, § 9º, na redação da Emenda nº 19). Além desses, poderão, facultativamente ser remunerados mediante subsídios os servidores públicos organizados em carreira, conforme previsto no artigo 39, §8º, o que constituirá opção para o legislador de cada uma das esferas de governo.” (Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30.ed. Rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 761.)

³⁵² Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30.ed. Rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 734.

vantagens pecuniárias.”³⁵³ Como exemplo, cita-se os “adicionais, gratificações e verbas indenizatórias”³⁵⁴.

Desse modo, conciliadores e mediadores judiciais se contratados como servidores públicos investidos em quadro próprio e via concurso público devem ter garantido “todos os direitos funcionais, bem assim respeitadas as regras sobre remuneração e vantagens”³⁵⁵

4.3.2 Conciliadores e Mediadores Terceirizados cadastrados: remuneração por ato realizado conforme tabelas fixadas pelos tribunais

Discute-se se conciliadores e mediadores terceirizados cadastrados devem ser pagos mediante remuneração mensal ou por serviço executado.

A remuneração desses deve se dar por ato, efetivando o pagamento direto aos terceirizados, via contratação direta na modalidade credenciamento, baseando-se nos atos praticados, pois da contratação de conciliadores e mediadores cadastrados (art. 167, §1º) está-se diante de típico caso de terceirização, norteados pelas regras de prestação de serviço, em que se impõe o pagamento por serviço prestado, em detrimento do pagamento mensal, “forma de pagamento próprio do vínculo profissional, seja ele celetista ou estatutário”³⁵⁶.

Se o pagamento desses terceirizados fosse mensal, se estaria burlando a regra de contratação via concurso público³⁵⁷. Celso Antônio Bandeira de Mello já relatou a importância da regra do concurso público para “obstar a que o servidor habilitado por concurso para cargo ou emprego de determinada natureza viesse depois a ser agraciado com cargo ou emprego permanente de *outra natureza*, pois essa seria uma forma de fraudar a razão de ser do concurso público”.³⁵⁸

³⁵³ Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30.ed. Rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 754/755.

³⁵⁴ Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30.ed. Rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 755.

³⁵⁵ MADUREIRA, Claudio Penedo; FIGUEIREDO, Thiago Alves de. *Terceirização de Conciliadores e Mediadores*: formalidades de contratação, remuneração e financiamento do modelo. [2019?] (em fase de elaboração).

³⁵⁶ MADUREIRA, Claudio Penedo; FIGUEIREDO, Thiago Alves de. *Terceirização de Conciliadores e Mediadores*: formalidades de contratação, remuneração e financiamento do modelo. (texto inédito). p.14.

³⁵⁷ MADUREIRA, Claudio Penedo; FIGUEIREDO, Thiago Alves de. *Terceirização de Conciliadores e Mediadores*: formalidades de contratação, remuneração e financiamento do modelo. (texto inédito). p.12.

³⁵⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 286.

Outra razão para o pagamento de conciliadores e mediadores judiciais terceirizados cadastrados ser feito por ato se refere ao acatamento do princípio da eficiência contido no art. 37, *caput*, da CR/88, visto que esses receberiam conforme a atuação na tentativa de resolução do conflito.

Ao comparamos com aqueles que recebem mensalmente, a esses se aplica uma vinculação da remuneração integral, mesmo nas hipóteses de subutilização do labor desses profissionais, o que pode ocasionar dano ao erário, ou, pior, “como decorrência da sua subutilização, o seu aproveitamento em outras tarefas administrativas”.³⁵⁹

No Tribunal de Justiça do Paraná (TJ-PR) observou-se uma pretensão de início de cobrança de uma taxa para realizar mediação, conciliação e homologação de acordos extrajudiciais, vindo tal decisão formalizada em projeto de lei enviado à Assembleia Legislativa, já aprovado na Casa e sancionado pelo governador, há época, Beto Richa³⁶⁰. O valor proposto era de R\$ 175,92. Já no Tribunal de Justiça de Pernambuco, a custa era prevista apenas em caso de pedido de homologação, tendo em vista que a mediação e conciliação em questões extrajudiciais não têm cobranças de taxas estipuladas³⁶¹.

Em decisão ocorrida na 40ª Sessão Virtual do Conselho, que teve início no dia vinte e dois de novembro do ano de dois mil e dezoito e se encerrou no dia trinta de novembro de dois mil e dezoito, dando ensejo à resolução 271/2018 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), esse estabeleceu as regras padronizadas em relação à remuneração dos conciliadores e mediadores.

Essa resolução reforça a necessidade de capacitação dos mediadores da Justiça, segundo a qual foi escalonado patamares remuneratórios auto-atribuídos por esses no momento de sua inscrição no Cadastro Nacional de Mediadores Judiciais e Conciliadores.

³⁵⁹ MADUREIRA, Claudio Penedo; FIGUEIREDO, Thiago Alves de. *Terceirização de Conciliadores e Mediadores*: formalidades de contratação, remuneração e financiamento do modelo. (texto inédito). p.13.

³⁶⁰ Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/documents/14797/13830943/Instru%C3%A7%C3%A3o+Normativa+01-2018.pdf.pdf/f8e08aaf-00e8-d907-ecce-50156e95a965?version=1.0> Acesso em 12 de dez 2018.

³⁶¹ Disponível em: <http://www.tjpe.jus.br/servicos/tabela-de-custas-e-emolumentos> Acesso em 12 de dez 2018.

As faixas de auto distribuição de níveis remuneratórios dos mediadores foram denominadas da seguinte forma: I- voluntário, II- básico (nível de remuneração 1), III- intermediário (nível de remuneração 2), IV – avançado (nível de remuneração 3) e V – extraordinário.

Os valores de cada nível se encontram no anexo da Resolução 271/18 sendo reajustados a cada início de ano judiciário, considerando a inflação do ano anterior pelo índice nacional de preços ao consumidor amplo.³⁶²

Já os conciliadores serão remunerados quando houver necessidade, conforme o nível um da tabela, podendo o tribunal de cada região fixar valor diverso conforme conveniência (art. 7º da Resolução 271/18)³⁶³

Abaixo segue a tabela vigente no ano de 2018³⁶⁴:

TABELA DE REMUNERAÇÃO – Patamar Básico (Nível de remuneração 1)	
VALOR ESTIMADO DA CAUSA	VALOR DA HORA
Até 50.000,00	R\$ 60,00
R\$ 50.000,01 a 100.000,00	R\$ 80,00
R\$ 100.000,01 a 250.000,00	R\$ 120,00
R\$ 250.000,01 a R\$ 500.000,00	R\$ 220,00
R\$ 500.000,01 a R\$ 1.000.000,00	R\$ 330,00
R\$ 1.000.000,01 a R\$ 2.000.000,00	R\$ 440,00
R\$ 2.000.000,01 a R\$ 10.000.000,00	R\$ 550,00
Acima de R\$ 10.000.000,00	R\$ 700,00

Patamar Intermediário (Nível de remuneração 2)	
VALOR ESTIMADO DA CAUSA	VALOR DA HORA
Até 50.000,00	R\$ 180,00
R\$ 50.000,01 a 100.000,00	R\$ 275,00
R\$ 100.000,01 a 250.000,00	R\$ 330,00
R\$ 250.000,01 a R\$ 500.000,00	R\$ 450,00
R\$ 500.000,01 a R\$ 1.000.000,00	R\$ 550,00
R\$ 1.000.000,01 a R\$ 2.000.000,00	R\$ 800,00
R\$ 2.000.000,01 a R\$ 10.000.000,00	R\$ 900,00
Acima de R\$ 10.000.000,00	R\$ 1.000,00

Patamar Avançado (Nível de remuneração 3)	
VALOR ESTIMADO DA CAUSA	VALOR DA HORA
Até 50.000,00	R\$ 350,00

³⁶² Art. 8º. Resolução 271/18 do CNJ. Os valores constantes da tabela anexa serão reajustados a cada início do ano judiciário, considerando a inflação do ano anterior, pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA/IBGE).

³⁶³ Art. 7º. Resolução 271/18 do CNJ. Os conciliadores serão remunerados quando houver necessidade, com base no nível de remuneração um da tabela anexa, podendo cada tribunal fixar remuneração em valor diverso por ato ou outro critério que melhor atender à sua conveniência.

³⁶⁴ Anexo Tabela de Remuneração da Resolução 271/2018 do CNJ. Disponível em: http://www.magisteronline.com.br/Anexos/RES_2018/res_cnj_271_2018_anexo.pdf

R\$ 50.000,01 a 100.000,00	R\$ 400,00
R\$ 100.000,01 a 250.000,00	R\$ 450,00
R\$ 250.000,01 a R\$ 500.000,00	R\$ 550,00
R\$ 500.000,01 a R\$ 1.000.000,00	R\$ 675,00
R\$ 1.000.000,01 a R\$ 2.000.000,00	R\$ 900,00
R\$ 2.000.000,01 a R\$ 10.000.000,00	R\$ 1.000,00
Acima de R\$ 10.000.000,00	R\$ 1.250,00

Patamar Extraordinário	
VALOR ESTIMADO DA CAUSA	VALOR DA HORA
Valor da hora negociado diretamente com o mediador, independentemente do valor da causa	

Em que pese a criação desse escalonamento remuneratório, a resolução 271/18 foi omissa quanto aos critérios objetivos a serem aplicados em cada nível. Indicadores como quantidade de horas práticas em métodos autocompositivos, especialização, participação em cursos, tempo de carreira, poderiam figurar como métricas na referida norma, no entanto nenhum fator foi especificamente indicado.

Segundo as regras padronizadas definidas na resolução 271/18 do CNJ, a primeira sessão de apresentação de mediação não poderá ser cobrada pelo mediador e deverá conter, obrigatoriamente, a estimativa inicial da quantidade de horas de trabalho, bem como informações sobre o procedimento e orientações a respeito da confidencialidade exigida na Lei de Mediação, em seu art. 14, de acordo com a realidade local, cabendo aos tribunais a fixação dos valores, por hora trabalhada, por atos, ou mesmo por valores das causas, de acordo com a conveniência do tribunal.³⁶⁵

4.3.3 Conciliadores e mediadores indicados pelas partes: tabela ou negócio jurídico processual

Quando se está diante da contratação de conciliadores e mediadores terceirizados indicados pelas partes (art. 168), não há que se falar em pagamento da tabela, pois se trata da celebração de um negócio jurídico processual conforme abordado no tópico 3.1.2.2, havendo total liberdade e autonomia das partes para estipular como irão remunerar o profissional escolhido, se englobando na discricionariedade dessas o valor a ser acordado, bem como se o pagamento será por ato, valor fixo ou mensal, dentre outras especificações que podem tratar.

³⁶⁵ Ilustração disponível no sítio eletrônico do CNJ em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/88134-cnj-define-parametros-para-pagamento-de-mediador-e-conciliador>> Acesso em 21.01.2019.

Sobre o assunto, pairam dúvidas sobre como se dará a remuneração do profissional indicado pelas partes e que compõe o cadastro. Discute-se se ele será obrigado a aceitar a tabela paga ao tribunal, se receberá o valor acordado pelas partes, ou se receberá a tabela do tribunal e as partes irão pagar o que exceder do acordado no negócio jurídico processual.

Para resolver tal controvérsia importante recordar o especificado no art. 167, §2º do CPC/15 que estabelece que os conciliadores e mediadores inscritos no cadastro nacional, cadastro do tribunal de justiça e do tribunal regional federal e passam a constar na lista, devem ser eleitos conforme “distribuição alternada e aleatória, respeitado o princípio da igualdade dentro da mesma área de atuação profissional”.³⁶⁶

Obrigar o tribunal a pagar a tabela, independente de a parte complementar ou não esse valor, se não for o conciliador ou mediador judicial o próximo da lista, tende a ser visto como uma simulação jurídica que burla a ordem dos demais profissionais que constam no cadastro, desobedecendo o princípio da igualdade que rege a Administração Pública. Com isso, a solução que mais se coaduna com o ordenamento jurídico e com as regras de Direito Administrativo é que as partes custeiem esse profissional celebrando negócio jurídico processual caso queiram o contratar fora da ordem da lista.

4.4 ORIGEM DOS RECURSOS EMPREGADOS

Quando se trata da origem dos recursos empregados para a contratação de conciliadores e mediadores pelo Estado há alguns desafios que necessitam de ponderações.

O primeiro deles se refere à escassa regulamentação que disciplina como deve ocorrer a remuneração desses profissionais e câmaras credenciadas, dificultando a compreensão sobre os atos que estariam em conformidade com o princípio da legalidade administrativa. Em que

³⁶⁶ Art. 167, § 2º do CPC/2015. Efetivado o registro, que poderá ser precedido de concurso público, o tribunal remeterá ao diretor do foro da comarca, seção ou subseção judiciária onde atuará o conciliador ou o mediador os dados necessários para que seu nome passe a constar da respectiva lista, a ser observada na distribuição alternada e aleatória, respeitado o princípio da igualdade dentro da mesma área de atuação profissional.

pese a Resolução 271/18 do CNJ dispor sobre o custeio das partes no caso de conciliadores e mediadores judiciais terceirizados, a norma que regulamenta os patamares remuneratórios ainda se encontra sem critérios precisos, conforme já abordado no item 4.3.2.

O segundo deles atine à ausência de recursos financeiros capazes de promover as contratações desses profissionais. Debate-se se a despesa com a contratação desses profissionais precisará ser custeada basicamente com recursos orçamentários, ou se a sua cobertura será originária de recursos advindos do recolhimento das custas processuais oriundos de despesa processual específica ou custas judiciais, atribuindo-se às partes processuais o custeio da atividade dos facilitadores.

Para a resolução desses desafios, necessário elucidar sobre a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar Federal 101/00), que prevê sobre questões orçamentárias e impõe limite de gastos com pessoal.

Se o custeio dos conciliadores e mediadores judiciais se der pelas partes, é imprescindível abordar de que modo que se dará essa cobrança dessas.

Ainda, persistem indagações sobre como deve ser o provisionamento de recursos financeiros para que tais práticas sejam efetivadas, o que se pretende abordar nesse tópico.

4.4.1 Orçamento

O dinheiro para custeio da conciliação e mediação judicial pode sair do orçamento ou não.

No caso dos servidores públicos que ingressam via concurso público e para preenchimento de quadro próprio (§6º do art. 167 do CPC/15), obrigatoriamente esse custeio sai do orçamento público. Por isso, há óbice à adoção dessa estratégia quando não há orçamento, devido a necessidade de observância dos limites estabelecidos na Lei de Responsabilidade Fiscal.

No caso dos terceirizados, pode sair do orçamento público (sem necessidade de verificar limites da Lei de Responsabilidade Fiscal), ou não (hipóteses que trataremos adiante).

A remuneração de conciliadores, mediadores e das câmaras privadas de conciliação e mediação credenciadas pelos Tribunais (art. 167 do CPC/15), assim como daqueles indicados de comum acordo pelas partes (art. 168 do CPC/15), por se operar sob a forma de pagamento por serviços prestados, não se enquadra como despesa de pessoal, não impactando nos limites de gastos com pessoal impostos pela lei de responsabilidade fiscal, ainda que se utilize de recursos orçamentários.

Isso porque, o legislador previu a abrangência dos valores afetos à terceirização de mão de obra entre as chamadas despesas com pessoal, tão-somente quando se constatar contratações para substituição de servidores e empregados públicos (art. 18, §1º do CPC/15).

Entretanto, a contratação de conciliadores e mediadores, seja pela sistemática de credenciamento (aplicável à distribuição dos processos aos facilitadores que compõem os cadastros dos tribunais), seja por inexigibilidade de licitação (na hipótese em que esses profissionais forem indicados pelas partes), não se dedica à substituição de servidores públicos, dada a circunstância de o legislador haver adjudicado às partes a prerrogativa de indicá-los entre quaisquer profissionais disponíveis no mercado, e não somente entre os servidores investidos pelo poder público.

4.4.2 Custeio da atividade pelas partes

A Lei 13.140/15 menciona a determinação de fixação pelos tribunais dos honorários a serem custeados pelas partes.³⁶⁷

Enfatiza-se que a forma de remuneração dos facilitadores da autocomposição terceirizados não pode ser mediante pagamento de salário, tendo em vista ser vedado esse pagamento a terceirizados, sob pena de subversão da regra que afirma que somente servidores efetivos podem mediar.

³⁶⁷ Art. 13. Lei 13.140/15. A remuneração devida aos mediadores judiciais será fixada pelos tribunais e custeada pelas partes, observado o disposto no § 2º do art. 4º desta Lei.

Nos casos de remuneração, é proeminente a necessidade de adequação à forma de contratação proposta. Tendo em vista a relação estabelecida entre o Poder Judiciário e os conciliadores e mediadores terceirizados não ser profissional, mas de mera prestação de serviço, não havendo que se falar em vínculo trabalhista, a sua remuneração deverá ocorrer por serviço prestado, seguindo a regra geral própria da contratação de prestação de serviço, excluída a possibilidade de pagamento de valor fixo mensal.

Sobre a remuneração dos mediadores e conciliadores judiciais cabe relembrar que quando esses são designados conforme critérios automáticos e aleatórios da lista de auxiliares da justiça cadastrados nos tribunais a remuneração desses se encontra prefixada em tabela do tribunal de acordo com as diretrizes do CNJ (vide art. 169, *caput*, do CPC/15³⁶⁸, art. 13 da Lei de Mediação³⁶⁹, art. 12, §5º da Resolução 125/10 do CNJ com Emenda 2/2016³⁷⁰, e Resolução 271/18 do CNJ).

Confere-se destaque à Resolução 271/18 do CNJ que expressamente previu em seu art. 2º, §3º que o custeio do mediador “será suportado pelas partes a título de remuneração”³⁷¹

Essa Resolução determina ainda que “a remuneração do mediador judicial seja recolhida pelas partes preferencialmente em frações iguais, de acordo com a referida tabela” (art. 2º, §4º³⁷²); e que o depósito dessa remuneração deve ser adiantado seguindo estimativa apresentada pelo mediador na primeira sessão (art. 2º, §5º³⁷³); bem como que a primeira sessão de apresentação da mediação não poderá ser cobrada e que essa deverá apresentar além do procedimento,

³⁶⁸ Art. 169. CPC/15. Ressalvada a hipótese do art. 167, § 6º, o conciliador e o mediador receberão pelo seu trabalho remuneração prevista em tabela fixada pelo tribunal, conforme parâmetros estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça.

³⁶⁹ Art. 13. Lei 13.140/15. A remuneração devida aos mediadores judiciais será fixada pelos tribunais e custeada pelas partes, observado o disposto no § 2º do art. 4º desta Lei.

³⁷⁰ Art. 12, §5º. Resolução 125/10 do CNJ. Ressalvada a hipótese do art. 167, § 6º, do Novo Código de Processo Civil, o conciliador e o mediador receberão, pelo seu trabalho, remuneração prevista em tabela fixada pelo tribunal, conforme parâmetros estabelecidos pela Comissão Permanente de Acesso à Justiça e Cidadania *ad referendum* do plenário.

³⁷¹ Art. 2º, § 3º. Resolução 271/18 do CNJ. O custeio dos parâmetros tratados neste artigo será suportado pelas partes a título de remuneração de mediadores judiciais, consoante tabela anexa, podendo os tribunais, nos termos do art. 13 da Lei de Mediação, aumentar ou reduzir os valores para atender à realidade local.

³⁷² Art. 2º, § 4º. Resolução 271/18 do CNJ. A remuneração do mediador judicial deverá ser recolhida pelas partes, preferencialmente em frações iguais, de acordo com a referida tabela.

³⁷³ Art. 2º, § 5º. Resolução 271/2018 do CNJ. O depósito das remunerações do mediador judicial deverá ser feito de modo antecipado, diretamente na conta corrente por ele indicada, seguindo estimativa apresentada na primeira sessão de mediação.

informações sobre a confidencialidade a estimativa de horas de trabalho do mediador. (art. 2º, §6º³⁷⁴).

Sobre as demandas com valores inferiores a R\$ 500.000 (quinhentos mil reais), após a primeira sessão gratuita o mediador deve receber pelo menos cinco horas de mediação, preferencialmente antecipado e dividido pelas partes (art. 3º, *caput*³⁷⁵). Após assinar o Termo de Mediação, as partes devem recolher o valor referente a dez horas de mediação, devendo complementar se ao final do procedimento se verificar extrapolação dessas horas. (art. 3º, §1º³⁷⁶).

Causas acima de R\$ 500.000 (quinhentos mil reais), deve ser garantido ao mediador, ao menos vinte horas de atuação antecipado pelas partes, podendo o valor ser complementado (art. 3º, §2º³⁷⁷).

Quando se tratar de atuação de mediador no patamar extraordinário, mediador e partes deverão negociar sobre a remuneração. (art. 3º, §3º³⁷⁸).

Se alguma das partes desistir da mediação após a sessão de apresentação e antes da primeira reunião, o mediador deve restituir as partes o valor adiantado. (art. 4º³⁷⁹).

Quanto aos conciliadores, parece que foi conferida menor importância ao labor desses se comparado com o do mediador, visto que a regra é o enquadramento do labor dos

³⁷⁴ Art. 2º, § 6º. Resolução 271/18 do CNJ. A primeira sessão de apresentação de mediação não poderá ser cobrada pelo mediador e deverá conter, além da estimativa inicial da quantidade de horas de trabalho, informações sobre o procedimento e orientações acerca da sua confidencialidade, nos termos do art. 14 da Lei de Mediação.

³⁷⁵ Art. 3º, *caput*. Resolução 271/18 do CNJ. Nas demandas com valor inferior a R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), após a primeira sessão de apresentação de mediação e anuência das partes quanto à continuidade da autocomposição, será devido ao mediador o pagamento mínimo de 5 (cinco) horas de mediação, a ser preferencialmente antecipado, de forma proporcional, pelas partes.

³⁷⁶ Art. 3º, §1º. Resolução 271/18 do CNJ. Após a assinatura do Termo de Mediação, as partes deverão recolher o valor equivalente a dez horas de atuação, ressalvados o direito à restituição de saldo devedor, se houver, ao final do procedimento autocompositivo, e a obrigatoriedade de complementação do depósito inicial, na hipótese de a mediação ultrapassar as dez horas inicialmente previstas.

³⁷⁷ Art. 3º, §2º. Resolução 271/18 do CNJ. Nas demandas acima de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), será garantido ao mediador o pagamento de, no mínimo, vinte horas de atuação, cujo valor, sujeito à complementação ao longo do procedimento, será antecipado pelas partes.

³⁷⁸ Art. 3º, §3º. Resolução 271/18 do CNJ. Na hipótese de atuação no patamar extraordinário, mediador judicial e partes deverão negociar, conjuntamente, a forma da remuneração.

³⁷⁹ Art. 4º. Resolução 271/18 do CNJ. No caso de desistência da mediação por uma das partes após a sessão de apresentação e antes da primeira reunião, o mediador deverá restituir integralmente o valor depositado.

conciliadores no nível um da tabela anexa à Resolução 271/18 do CNJ, “podendo cada tribunal fixar remuneração em valor diverso por ato ou outro critério que atender à conveniência”.

Todavia, quando as partes escolhem o conciliador e mediador que as auxiliará no âmbito judicial cabe a essas arcar com o preço fixado livremente pelo mediador e conciliador.

Além da forma proposta na Resolução 271/18 de remuneração custeada pelas partes proporcionalmente conforme hora e tabela remuneratória dos mediadores e conciliadores, apresentam-se algumas soluções com o fim de permitir que a Administração Pública, a seu interesse, compatibilize sua conduta com o Direito Processual Civil, podendo o pagamento desses ocorrer pela instituição de despesa processual específica ou pela utilização de regime de custas.

4.4.2.1 Instituição de despesa processual específica

A instituição de despesa processual específica como proposta de custeio das atividades de conciliação e mediação judiciais é uma hipótese cabível e legal, pois seu pagamento poderá ser direcionado à parte que requerer a realização da audiência de conciliação/mediação. Com base no que CPC/15 estabelece, relembra-se que a petição inicial deve consignar a opção do autor pela realização (ou não) da audiência de conciliação/mediação (art. 319, VII)³⁸⁰; hipótese em que caberia ao autor o recolhimento da despesa processual instituída.

Neste sentido, o legislador também previu que, afastada a hipótese de impossibilidade de autocomposição (art. 334, §4º, II), o ato solene apenas não se realizará “se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual” (art. 334, §4º, I)³⁸¹. Consequentemente, se o autor não requerer que seja realizada a audiência de conciliação e mediação, o réu poderá fazê-lo, hipótese em que lhe cumpriria o recolhimento da despesa processual correspondente.

³⁸⁰Art. 319. CPC-2015. A petição inicial indicará: [...] VII - a opção do autor pela realização ou não de audiência de conciliação ou de mediação.

³⁸¹Art. 334, §4º. CPC-2015. A audiência não será realizada: I - se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual.

Desta forma, se o conflito se encerrar por autocomposição subsequente à audiência de conciliação e mediação, as partes poderão acordar sobre o pagamento dessa despesa processual específica. Se, todavia, for resolvida por sentença/acórdão, o Poder Judiciário condenará a parte vencida a ressarcir a parte vencedora, tanto na despesa processual específica decorrentes da sessão de autocomposição prevista no art. 334, parágrafo único, I do CPC/15 infrutífera, quanto ao pagamento de custas de um processo judicial.

Em ambos os casos situados acima, o repasse da despesa financeira às partes está a depender de taxativa autorização legislativa, ou seja, da modificação das leis que regulam o recolhimento das custas e dispêndios processuais em cada unidade federada, sendo a atribuição das despesas com honorários de conciliadores e mediadores terceirizados aos litigantes uma alternativa para o financiamento do modelo.

4.4.2.2 Utilização do regime de custas

Na hipótese da opção legislativa ser pelo direcionamento de parte ao pagamento dos honorários dos conciliadores/mediadores, caberá ao autor o recolhimento das custas iniciais e, se não houver autocomposição na audiência de conciliação/mediação, das custas complementares estabelecidas por lei.

Nessa hipótese, se a sentença lhe for favorável, poderá ressarcir-se desse pagamento junto ao réu (art. 82, §2º, do CPC/15). Havendo autocomposição em momento posterior à realização da audiência de conciliação/mediação, as partes deverão dispor no acordo sobre o pagamento dessa verba. O art. 82 do CPC/15 diz que caberá à parte interessada o pagamento desse custo. Assim, se o autor e o réu demonstrarem desinteresse e houver acordo, as despesas serão deliberadas no ato, mas, se não houver acordo, o vencido deverá pagá-las ao final (art. 82, §2º, CPC/15).³⁸²

³⁸² CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Análise Comparativa entre a Lei de Mediação e o CPC/15*. In: ZANETTI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (orgs.). *Grandes Temas do Novo CPC: Justiça Multiportas*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 476). p. 474.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro através da Portaria Corregedoria Geral da Justiça (CGJ) do Estado do Rio de Janeiro 368/2016 item XI.1 institui a cobrança de custas para atos de mediação e conciliação a serem pagos pelas partes no valor de R\$ 33,21; posteriormente modificada pela Portaria 2683/2016, item XI.1 que modificou o valor para R\$ 35,39, posteriormente alterada pela Portaria 3209/2017 que atualizou o valor para R\$36,42. As próprias portarias prevêem que “a) Sobre os atos dos conciliadores e mediadores judiciais não incidirão os fundos instituídos por lei (CAARJ, FUNPERJ, FUNDPERJ e FETJ)”.³⁸³

Ada Pellegrini Grinover posicionou-se no sentido de que a atividade do mediador seria fixada pelos estados e cobrados das partes, contudo, em caso de “insucesso da mediação, e, conseqüentemente, de retomada do curso do processo, o valor correspondente aos honorários dos mediadores será abatido das custas judiciais, de modo a não haver custo extra para as partes.”³⁸⁴

É recorrente na justiça o pagamento de custas com oficial de justiça, com peritos, dentre outros. Por obediência à isonomia, o mesmo deveria ser aplicado aos facilitadores da autocomposição. Com isso, sugere-se que as partes que participem das sessões autocompositivas pré-processuais paguem custas para esse ato específico. Se não resultar em acordo, tal valor de custo deverá ser complementado para movimentar o processo judicial. Caso, ambas as partes optem por renunciar às sessões de conciliação e/ou mediação prevista no art. 334, §4º, II do CPC/15, essas, desde logo, deverão pagar as custas correspondentes ao valor do processo judicial.

O entendimento de que a cobrança às partes na participação das sessões de mediação e conciliação seria, a princípio, um desestímulo à autocomposição, não merece prosperar, tendo em vista a cobrança de custas, em casos específicos, tais como na existência ou não de acordos, seria, na realidade, um estímulo financeiro às medidas de autocomposição, havendo apenas a cobrança correspondente à despesa autocompositiva para os casos de acordos homologados, que deve ser inferior à despesa referente a um processo judicial, inclusive para estimular às partes a participarem desse processo.

³⁸³ Disponível em: <<http://cgj.tjrj.jus.br/documents/1017893/3111246/novas-custas-jud-29-12-2016.pdf>> Acesso em: 30 de janeiro de 2019.

³⁸⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. Mediação paraprocessual. In: ALMEIDA, Rafael Alves de; Almeida, Tania; CRESPO, Mariana Hernandez [Org.]. *Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV, 2012.p. 99-110.

4.4.2.3 Custeio da atividade em processos com hipossuficientes

A Lei 13.140/15, em seu art. 13, dispõe que os mediadores judiciais serão remunerados conforme critérios definidos pelos tribunais e mediante custeio das partes, salvo os casos de gratuidade de justiça concedida aos necessitados.

Sendo o autor, ou o réu, beneficiário de assistência judiciária gratuita, as custas, ou a despesa processual instituída, poderão ser cobertas, conforme opção veiculada na norma que as instituiu, ou por recursos orçamentários destinados ao Tribunal para esse fim, ou por receitas que compõem fundos específicos instituídos no âmbito dos Tribunais com o propósito de otimizar o exercício da função jurisdicional, que podem ser integrados, inclusive, pelo saldo remanescente da arrecadação das custas adicionais ou da despesa específica criada para esse fim.

Outra alternativa para a resolução de tal dificuldade é a possibilidade de determinação de determinado percentual de audiências não remuneradas, como contrapartida pelo cadastro no tribunal e remuneração em outros processos.

Acerca da gratuidade da justiça, a Resolução 271/18 do CNJ previu em seu art. 2º, §7º³⁸⁵ e §8º sobre a atuação das câmaras privadas de conciliação e mediação, bem como que os mediadores e conciliadores nas categorias nos incisos II a V do §1º devem reservar percentuais de atuação a título não oneroso, respectivamente de 10% (dez por cento) e 20% (vinte por cento).

³⁸⁵ Art. 2º, § 7º. Resolução 271/18 do CNJ. As câmaras privadas de conciliação e mediação, na forma do art. 12-D da Resolução CNJ nº 125/2010, a título de contrapartida de seu credenciamento, deverão atuar, a título não oneroso, em 20% (vinte por cento) dos casos encaminhados pelo Poder Judiciário, com o fim de atender aos processos em que foi deferida a gratuidade, cabendo ao CEJUSC ou ao NUPEMEC a indicação dos casos em que atuam nesta modalidade. Art. 2º, § 8º. Resolução 271/18 do CNJ. Os conciliadores e mediadores das categorias previstas nos incisos II a V do § 1º, em contrapartida à sua inscrição no Cadastro Nacional de Mediadores Judiciais e Conciliadores ou em Cadastro de Tribunal de Justiça ou de Tribunal Regional Federal, deverão atuar a título não oneroso em 10% (dez por cento) dos casos encaminhados pelo Poder Judiciário, com o fim de atender aos processos em que foi deferida a gratuidade, cabendo ao CEJUSC ou ao NUPEMEC a indicação dos casos que serão atendidos nesta modalidade, respeitada a correspondência entre a complexidade do caso e a categoria do mediador e do conciliador.

CONCLUSÃO

Espera-se haver demonstrado, a partir do ordenamento jurídico-positivo brasileiro, notadamente por meio da conjugação das disposições normativas colhidas da lei processual, da lei da mediação e das normas do CNJ que as regulamentam ao regime jurídico-administrativo, que é apenas aparente a contradição entre imposição jurídico-normativa pela efetivação dos métodos autocompositivos como forma de induzir a contenção de litigiosidade das partes e, por essa via, a resolução do problema da morosidade da justiça³⁸⁶, por um lado, e, por outro, a constatação empírica de que essa determinação jurídica encontra dificuldades para se realizar em concreto, que o ordenamento jurídico-positivo brasileiro.

Para atendimento desse objetivo foram descritas as modelagens de contratação de conciliadores e mediadores judiciais propostas pelo CPC/15. O que ocorre é que o legislador processual apenas admite, para tanto, (i) a contratação de servidores públicos efetivos concursados para compor quadro próprio de conciliadores e mediadores (art. 167, §6º do CPC/2015) e (ii) a terceirização da contratação desses profissionais, que pode ser feita (ii.1) para compor cadastros instituídos pelo Poder Judiciário (art. 167, §3º do CPC/2015) e (ii.2) para a viabilizar a designação nos processos dos facilitadores indicados pelas partes de comum acordo (art. 168 do CPC/2015).

A análise dessa base normativa conduziu à demonstração de que é inviável a utilização, na execução do método autocompositivo, (i) de servidores públicos concursados que não compõem o quadro de conciliadores e mediadores, (ii) de servidores comissionados e (iii) de estagiários conciliadores e (iv) voluntários.

Também foram abordados alguns aspectos limitadores da contratação desses profissionais, como (i) a necessidade de mediadores judiciais serem formados há mais de dois anos, (ii) a imperiosidade de que se proceda à devida observância ao princípio da confidencialidade, que tem a potencialidade de limitar a atuação dos juízes como conciliadores e mediadores e (iii) bem como o impedimento de advogados no processo de conciliação e mediação judiciais de exercer mediação e/ou conciliação às partes que prestou auxílio.

³⁸⁶ A propósito, cf. MADUREIRA, Claudio. *Fundamentos do Novo Processo Civil Brasileiro: o processo civil do formalismo-valorativo*, cit

De igual modo, foram descritas as principais dificuldades criadas pela atual conjuntura econômica do país e pelo próprio ordenamento jurídico ao custeio da autocomposição, consistentes (i) na ausência de recursos financeiros e (ii) nas vedações de gastos com pessoal impostas pela Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar Estadual 101/00).

Outra conclusão que resultou da pesquisa foi no sentido de que (i) *a contratação de servidores para a composição de quadros próprios de conciliadores e mediadores judiciais* (art. 167, §6º do CPC/2015) (i.1) *deve ser feita mediante realização de concurso público* (art. 37, V, da CR/88), (i.2) *com remuneração mediante pagamento de vencimentos ou subsídios mensais*; enquanto que (ii) *a contratação de facilitadores terceirizados* - seja daqueles que passarão a integrar os cadastros instituídos pelo Poder Judiciário (art. art. 167, §3º do CPC/2015), que receberão o valor fixado em tabela pelos Tribunais, seja daqueles indicados pelas partes de comum acordo (art. 168 do CPC/2015), que receberão o valor de tabela (se integrarem os cadastros) ou aquele fixado em negócio jurídico processual (se integrarem os cadastros) - (ii.1) *deve ser feita*³⁸⁷ *por inexigibilidade de licitação* - no primeiro caso (facilitadores que integram os cadastros) na modalidade credenciamento, no outro (facilitadores indicados pelas partes) por aplicação direta do art. 25 da Lei 8.666/1993 -, (ii.2) *com remuneração consistente no pagamento por cada serviço prestado*.

Posto isso, e considerando as dificuldades financeiras porque passa o Estado Brasileiro (que se estendem aos Tribunais) e os limites de gastos impostos pela Lei de Responsabilidade Fiscal, e considerando, ainda, ser viável, na terceirização de conciliadores e mediadores, a transferência do ônus da sua remuneração (pela via da ampliação do valor das custas ou da instituição de despesa processuais específica) às partes (ressalvando, evidentemente, a situação dos hipossuficientes), conclui-se, por fim, que a terceirização desses profissionais, para além de se demonstrar impositiva para os tribunais que enfrentam dificuldades para em atender os precitados limites de gastos, apresenta-se, em rigor, com estratégia mais efetiva para induzir o fornecimento aos jurisdicionados de facilitadores e conciliadores e mediadores judiciais em número suficiente e com a qualificação necessária (indispensável para o atendimento à imposição da lei processual a que se incentive a resolução de conflitos por método autocompositivo) do que a contratação de servidores públicos.

³⁸⁷ Por referência ao regime jurídico-administrativo, mais especificamente à Lei Geral de Licitações e Contratos (Lei nº 9.866/1993).

Todavia, não se almeja, com este trabalho, apresentar respostas definitivas às indagações formuladas em seu corpo, ou construir única via interpretativa capaz de solucionar os problemas neles tratados. O seu objetivo é mais singelo, embora igualmente importante. Espera-se que as considerações nele impressas, assim como as conclusões nele apresentadas possam suscitar, no futuro, questionamentos e debates tendentes à consolidação, no plano da Ciência, da estruturação administrativa da contratação de conciliadores e mediadores judiciais.

REFERÊNCIAS

AQUINO, Maria da Glória Costa Gonçalves de Souza. *Considerações sobre a Resolução CNJ nº 125/2010: Uma avaliação política da política judiciária brasileira – A solução dos conflitos de interesses?* 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina; ANDRADE, Juliana Loss. Fundamentos. In: HALE, Durval; PINHO, Humberto Dalla Bernadina de; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Org.). *O marco legal da mediação no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2016.

ALMEIDA, Rafael Alves de; ALMEIDA, Tania; CRESPO, Mariana Hernandez. Diálogo entre os professores Frank Sander e Mariana Hernandez Crespo: explorando a evolução do Tribunal Multiportas. In: ALMEIDA, Rafael Alves de; Almeida, Tania; CRESPO, Mariana Hernandez [Org.]. *Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV, 2012.

ALMEIDA, Rafael Alves. ALMEIDA, Tania. CRESPO, Mariana Hernandez. *Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil* – Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012.

ARAÚJO, Marcelo Barreto de. *Primeiras linhas sobre arbitragem*. Lei 9.307/96. Marcelo Barreto de Araújo. – Rio de Janeiro: Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo, 2018.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=21158> Acesso em: 10 de julho de 2018.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=8241B0766B6FE4CBB969558164819FFE.proposicoesWebExterno2?codteor=1283918&filename=PL+8058/2014 Acesso em: 10 de julho de 2018.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo nº TC-016.171/94. Decisão nº 104/1995 – Plenário. Relator: Ministro Adhemar Paladini Ghisi. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 27 mar. 1995. Seção 1, p. 4215; Processo nº TC-016.522/95-8. Decisão nº 656/19995 – Plenário. Relator: Ministro Homero Santos. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 28 nov. 1998. p. 22555; e Processo nº TC-004.605/92-4. Decisão nº 126/1998 – Plenário. Relator: Ministro Valmir Campelo. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 07 abr. 1998. Seção 1.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 2418/2006*. Plenário. data de publicação: 12 de dez. 2006.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: Influência do direito material sobre o processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BEZERRA, Paulo César Santos. *Acesso à justiça: um problema ético-social no plano da realização do direito*, Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Trad. Maria Celeste C. J. Santos; ver. téc. Claudio De Cicco; apres. Tércio Sampaio Ferraz Júnior – Brasília: Editora Universidade de Brasília, 10ª Ed. 1997.

CABRAL, Antonio de Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negociação Direta ou resolução colaborativa de disputas (collaborativelaw): “mediação sem mediador”. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (orgs.). *Grandes Temas no Novo CPC: Justiça Multiportas*. Salvador.JusPodivm, 2016, prelo.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Análise Comparativa entre a Lei de Mediação e o CPC/15. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (orgs.). *Grandes Temas do Novo CPC: Justiça Multiportas*. Salvador: JusPodivm, 2016.

CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem*. 6ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem: mediação. conciliação. resolução CNJ 125/2010*. 5.ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters/Revista dos Tribunais, 2015.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2002.

CARAM, María Elena; EILBAUM, Diana Teresa; ROSOLIA, Matilde. *Mediación: diseño de una práctica*. Buenos Aires: Libreria Historica, 2006. p. 61-63.

CRESPO, Mariana Hernandez [Org.]. *Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV, 2012.

CARPENA, Heloisa. SOS Ações civis públicas. In: OLIVEIRA, Amanda Flávio de; MIRAGEM, Bruno; MARQUES, Claudia Lima (Coord.) *25 anos do Código de Defesa do Consumidor: trajetórias e perspectivas*. São Paulo: Ed. RT, 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3415>. Acesso em 10 de julho de 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>. Acesso em: 17 de julho de 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Relatório Justiça em números 2017* (ano-base 2016). Brasília: CNJ, 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/09/e5b5789fe59c137d43506b2e4ec4ed67.pdf>>, acesso em: 07 ago. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Relatório Justiça em números 2018* (ano-base 2017). Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/09/8d9face7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf>>, acesso em: 07 fev. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Relatório Analítico Justiça em números 2018* (ano-base 2017). Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/09/da64a36ddee693ddf735b9ec03319e84.pdf>>, Acesso em: 07 de fevereiro de 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Conciliação e Mediação*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-e-mediacao-portal-da-conciliacao>. Acesso em: 02 de agosto de 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84465-cnj-amplia-o-rol-de-pessoas-que-podem-atuar-como-conciliadores-de-justica>>. Acesso em 09 de julho de 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-e-mediacao-portal-da-conciliacao/quero-ser-um-conciliador-mediador>. Acesso em: 05 de agosto de 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Guia de conciliação e mediação: Orientações para implantação de CEJUSCs*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/1818cc2847ca50273fd110eafdb8ed05.pdf>. Acesso em 02 de agosto de 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução 125/2010 do CNJ. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>. Acesso em: 10 de julho de 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Servidores não podem atuar como mediadores extrajudiciais. 2018. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/87044-servidores-nao-podem-atuar-como-mediadores-extrajudiciais-diz-cnj-2> Acesso em: 07 de julho de 2018.

CORREGEDORIA GERAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <http://cgj.tjrj.jus.br/documents/1017893/3111246/novas-custas-jud-29-12-2016.pdf>. Acesso em: 10 de junho de 2018.

CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de Direito Romano* – Institutas de Gaio e de Justiniano vertidas para o português, em confronto com o texto latino. São Paulo: Edições Saraiva, 1951. Vol. II.

COSTA E SILVA, Paula. *A nova face da Justiça: Os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias*. Editora Coimbra. 2009.

COUTINHO, Alessandro Dantas; RODOR, Ronald Krunger. *Manual de Direito Administrativo*. Salvador: Juspodivm, 2018.

CUNHA, Leonardo Carneiro de; AZEVEDO NETO, João Luiz Lessa de. *A Mediação e a Conciliação no Projeto do Novo CPC: Meios Integrados de Resolução de Disputas*. Revista de Direito: Santa Cruz do Sul, n. 5, out. 2014. p. 280. Disponível em: <http://www.domalberto.edu.br/wp-content/uploads/2017/08/A-Media%C3%A7%C3%A3o-e-a-Concilia%C3%A7%C3%A3o-no-Projeto-do-Novo-CPC-Meios-Integrados-de-Resolu%C3%A7%C3%A3o-de-Disputas.pdf>. Acesso em: 08 de julho de 2018.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Comentários ao art. 190. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

CUNHA, Leonardo Carneiro. Confidencialidade em face do julgador e prova inadmissível. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (orgs.). *Grandes Temas do Novo CPC: Justiça Multiportas*. Salvador: JusPodivm, 2016.

DIDIER JR, Fredie. *O princípio da cooperação: uma apresentação*. Revista de Processo, n. 127, p. 75-80, set. 2005.

DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

DIDIER JR., Fredie. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coords). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

DIDIER JR. *Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no Processo Civil*. Editora Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MPRJ): 2015. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/98637/principio_respeito_autorregramento_didier.pdf. Acesso em: 07 de julho de 2018.

DIDIER JR.; ZANETI JR, Hermes. Justiça Multiportas e Tutela Constitucional Adequada. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (orgs.). *Grandes Temas do Novo CPC: Justiça Multiportas*. Salvador: JusPodivm, 2016.

DIDIER JR.; ZANETTI JUNIOR, Hermes. *Justiça Multiportas e tutela constitucional adequada: autocomposição em direitos coletivos*. Revista da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo, Vitória. PGE/ES, 2017. Semestral. Disponível em: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/260394/details/maximized> Acesso em: 17 de junho de 2018.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 29^a.ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30.ed. Rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

ÉRICO, Andrade. *As novas perspectivas do gerenciamento e da “contratualização” do processo*. Revista do Processo. São Paulo: RT, 2011, n. 193.

ESPÍRITO SANTO. *2º Relatório Trimestral da Ouvidoria do Tribunal de Justiça do Espírito Santo*: referente ao BIÊNIO 2018/2019 (de 01/10/2018 a 31/12/2018) Disponível em: <http://www.tjes.jus.br/wp-content/uploads/2%C2%BA_Relat%C3%B3rio_Estat%C3%ADstico_Trimestral_-_bi%C3%AAnio_2018_-_2019.pdf> Acesso em: 29 de abril de 2019.

FISS, Owen. Contra o acordo. In: *Um novo processo civil*: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. Trad. Daniel Porto Godinho da Silva e Melina Medeiros Rós. São Paulo: RT, 2004.

FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. Disponível em: <https://www.novocpcbrasileiro.com.br/enunciados-interpretativos-sobre-o-novo-cpc-do-fppc/> Acesso em: 26 de junho de 2018.

FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSO CIVIL. *Enunciado nº 18 aprovado na Carta de Salvador*. (8-9 de novembro de 2013). Disponível em: <https://www.dropbox.com/s/i4n5ngh49y1b1f4/Carta%20de%20Florian%C3%B3polis.pdf?dl=0>. Acesso em: 09 de junho de 2018.

JAYME, Fernando Gonzaga. Os problemas da efetiva garantia de proteção judicial perante o Poder Judiciário brasileiro. In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra (Coord.). *Processo Civil – novas tendências: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

GABBAY, Daniela Monteiro. *Mediação e Judiciário no Brasil e nos EUA*: condições, desafios e limites para a institucionalização da Mediação no Judiciário. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Mediação paraprocessual. In: ALMEIDA, Rafael Alves de; Almeida, Tania; CRESPO, Mariana Hernandez [Org.]. *Tribunal Multiportas*: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil. Rio de Janeiro: FGV, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O minissistema brasileiro de Justiça consensual: compatibilidades e incompatibilidades*. Disponível em: [<http://dirittoetutela.uniroma2.it/files/2013/03/Origens-e-evolu%C3%A7%C3%A3o.pdf>]. Acesso em: 08 de julho de 2017.

GORETTI, Ricardo. *Mediação e acesso à justiça*. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. *Contratação direta sem licitação: dispensa de licitação: inexigibilidade de licitação: comentários às modalidades de licitação, inclusive o pregão: procedimentos exigidos para a regularidade da contratação direta*. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*. 6 ed. São Paulo: Thomson, 2005.

LESSA NETO, João Luiz. *O Novo CPC adotou o modelo multiportas! E agora?!*. Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro, Belo Horizonte, ano 23, n. 92, out./dez. 2015. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=239219>>. Acesso em: 14 de julho de 2018.

LIMA, Clarissa Costa de. CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. A força do microssistema do CDC: tempos no superendividamento e de compartilhar responsabilidades. In: OLIVEIRA, Amanda Flávio de; MIRAGEM, Bruno; MARQUES, Cláudia Lima (Coord). *25 anos de Código de Defesa do Consumidor: trajetórias e perspectivas*. São Paulo: Ed. RT, 2016.

LIPIANI, Júlia; SIQUEIRA, Marília. Negócios Jurídicos Processuais sobre Mediação e Conciliação. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (orgs.). *Grandes Temas do Novo CPC: Justiça Multiportas*. Salvador: JusPodivm, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *A garantia fundamental do devido processo legal e o exercício do poder de cautela no direito processual civil*. Revista dos tribunais | vol. 665/1991 | p. 11 - 22 | mar / 1991 doutrinas essenciais de processo civil | vol. 5 | p. 1027 - 1047 | out / 2011 dtr\1991\38.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *A arbitragem como meio de solução de conflitos no âmbito do Mercosul e a imprescindibilidade da Corte Comunitária*. Genesis, revista de direito processual civil, n. 4 (jan.-ab./97), p. 104; Idem. A arbitragem no sistema jurídico brasileiro. Repro nº 85 (jan.-mar./97).

MADUREIRA, Claudio Penedo. *Formalismo, Instrumentalismo e Formalismo-Valorativo*. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito–PPGDir./UFRGS. v. 10, n. 3. Rio Grande do Sul, 2015.

MADUREIRA, Claudio Penedo; FIGUEIREDO, Thiago Alves de. *Terceirização de Conciliadores e Mediadores: formalidades de contratação, remuneração e financiamento do modelo*. (texto inédito).

MADUREIRA, Claudio Penedo; RAMALHO, Lívio Oliveira. *Juizados da Fazenda Pública - Estruturação dos Juizados Especiais da Fazenda Pública Estadual e Municipal (Lei nº 12.153/09) em vista da Teoria dos Microssistemas e das Particularidades da Celebração de Acordos pelo Poder Público*. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2010. v. 1.

MADUREIRA, Claudio Penedo; MOREIRA, Aline Simonelli; MOREIRA, Aline de Magalhães Grafanassi. *Autocomposição, conciliação e mediação no regime do CPC-2015: esforço teórico de sistematização de conceitos*. In: III Congresso Brasil - Argentina em Direito Processual. Vitória: Anais da UFES, [2018?] (no prelo).

MADUREIRA, Claudio. *Fundamentos do Novo Processo Civil Brasileiro: o processo civil do formalismo-valorativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARQUES, Cláudia Lima. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, 2007.

MARTINS, Pedro Antônio Batista. *Anotações sobre a arbitragem no Brasil e o Projeto de Lei do Senado 78/92*. Revista Forense, V. 332, P. 127; CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. Um comentário à Lei 9.307/96. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 225 et sequ.; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Manual da arbitragem*. São Paulo: RT, 1997, P. 97 ET SEQ.; NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 4. Ed. São Paulo: RT, 1997, p. 66 et seq.; FURTADO, Paulo; BULOS, Uadi Lammêgo. *Lei da arbitragem comentada*. São Paulo: Saraiva, 1997.

MAZZEI, Rodrigo Reis. A ação popular e o microsistema da tutela coletiva. In: GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; SANTOS FILHO, Ronaldo Fenelon. *Ação popular – Aspectos relevantes e controvertidos*. São Paulo: RCS Editora, 2006.

MAZZEI, Rodrigo Reis. *O Código Civil de 2002 e sua interação com os Microssistemas e a Constituição Federal: breve análise a partir das contribuições de Hans Kelsen e Niklas Luhmann*. Revista do Curso de Mestrado e Doutorado da Faculdade Autônoma de Direito. Ano 1, n. 1.

MAZZEI, Rodrigo Reis. *Breve história (ou 'estória') do Direito Processual Civil brasileiro: das Ordenações até a derrocada do Código de Processo Civil de 1973*. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – RIHJ. Belo Horizonte, ano 12, n. 16, p. 177-204, jul./dez. 2014.

MAZZEI, Rodrigo Reis. Rodrigo Reis; CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis. Breve ensaio sobre a postura dos atores processuais em relação aos métodos adequados de resolução de conflitos. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (orgs.). *Grandes Temas do Novo CPC: Justiça Multiportas*. Salvador: JusPodivm, 2016.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 16. ed. Forense: Rio de Janeiro, 1997.

MEIRELLES, Delton Ricardo Soares e MARQUES, Giselle Picorelli Yacoub. Mediadores. In: HALE, Durval; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Org.). *O marco legal da mediação no Brasil- Comentários à Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015*. São Paulo: Atlas, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; HARTMANN, Guilherme Kronenberg. A Audiência de Conciliação ou de Mediação no Novo Código de Processo Civil. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (orgs.). *Grandes Temas do Novo CPC: Justiça Multiportas*. Salvador: JusPodivm, 2016.

MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

LESSA NETO, João Luiz. *O Novo CPC adotou o modelo multiportas! E agora?!*. Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro, Belo Horizonte, ano 23, n. 92, out./dez. 2015. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=239219>>. Acesso em: 14 jul. 2018.

LEITE JUNIOR, Edgard Hermelino. Dispensa e Inexigibilidade de Licitação. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda; TAVOLARO, Luiz Antonio. *Licitações e Contratos Administrativos uma visão atual à luz dos Tribunais de Contas*. Curitiba: Juruá, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MIRANDA NETTO, Fernando Gama de; LEITE, Sylvia Quintão. *Lei de Mediação alemã*. Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro, Belo Horizonte, ano 26, n. 101, jan./mar. 2018.

NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação Pública e Contrato Administrativo*. 2ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro de; FREIRE, Alexandre. (Coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

NUNES, Dierle. Comentários ao art. 168. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro de; FREIRE, Alexandre. (Coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

NUNES, Dierle. Comentários ao art. 169. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro de; FREIRE, Alexandre. (Coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

NUNES, Dierle. Comentários ao art. 170. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro de; FREIRE, Alexandre. (Coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

OAB. Código de Ética e Disciplina da OAB. Disponível em: > <https://www.oab.org.br/visualizador/19/codigo-de-etica-e-disciplina>> Acesso em: 10 de junho de 2018.

OAB/RJ. Disponível em: <http://www.oabrj.org.br/noticia/109225-oabrj-oficia-tj-contracobranca-de-custas-na-conciliacao>. Acesso em: 10 de junho de 2018.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. São Paulo: Saraiva, 2010.

OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. O credenciamento para contratação de serviço técnico profissional especializado de natureza singular. In: MURARO, Leopoldo Gomes (coord.) *Publicações da Escola da AGU*. Brasília:Fórum, 2016.

PANTOJA, Fernanda Medina. Comentários ao art. 169. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PANTOJA, Fernanda Medina; ALMEIDA, Rafael Aves de. Os métodos “alternativos” de solução de conflitos (ADRS). In: ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva. *Mediação de conflitos para iniciantes, praticantes e docentes*. Salvador: JusPodivm. 2016.

PELUSO, Cezar. *Abertura do Seminário “Mediação e Conciliação” na Fundação Armando Alvares Penteado em São Paulo*. Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 30/2011 | p. 15 - 18 | Jul - Set / 2011.

PEIXOTO, Ravi. Os “Princípios” da Mediação e da Conciliação: Uma Análise da Res. 125/2010 do CNJ, do CPC/2015 e da Lei 13.140/2015. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (orgs.). *Grandes Temas do Novo CPC: Justiça Multiportas*. Salvador: JusPodivm, 2016.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Comentários ao art. 167. In: STRECK, Lenio Luiz; RANGEL, Rafael Calmon. *A interatividade entre os sistemas, subsistemas, minissistemas e microssistemas jurídico-normativos de tutela dos direitos dos consumidores*. Revista de Direito do Consumidor | vol. 117/2018 | Maio - Jun / 2018.

RICCI, Eduardo Flavio. *Lei de arbitragem brasileira*. Com a colaboração de Marilza Franco. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

SAMPAIO, Lia Regina Castaldi; BRAGA NETO, Adolfo. *O que é mediação de conflitos* (Coleção primeiros passos). São Paulo: Brasiliense, 2007.

SCAVONE, Júnior, Luiz Antônio. *Manual de Arbitragem: mediação e conciliação*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos cíveis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2015.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos Conflitos Cíveis*. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Método, 2015.

TARTUCE, Fernanda. *O novo marco legal da mediação no direito brasileiro*. Revista de Processo | vol. 258/2016 | p. 495 - 516 | Ago / 2016 | DTR\2016\22279.

TARTUCE, Fernanda. *Conciliação e Poder judiciário*. Disponível em http://www.fernandatartuce.com.br/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=43&Itemid=56&limitstart=10. Acesso em: 13 de fevereiro de 2016.

TARTUCE, Flávio. *Algumas Interações entre o Direito Material e o Direito Processual - Função Social do Contrato, Ética na Arbitragem e Abuso Processual*. Artigo publicado na Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil nº 34 - Jan/Fev de 2010. Disponível em: <https://www.magisteronline.com.br/mgstrnet/lpext.dll?f=templates&fn=main-hit-j.htm&2.0>. Acesso em: 01 de dezembro de 2017.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *A arbitragem como meio de solução de conflitos no âmbito do Mercosul e a imprescindibilidade da Corte Comunitária*. Genesis, revista de direito processual civil, n. 4 (jan.-ab./97), p. 104; Idem. A arbitragem no sistema jurídico brasileiro. Repro nº 85 (jan.-mar./97).

THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio. *Novo Código de Processo Civil: Fundamentos e sistematização*. 2. ed. Rio de Janeiro: GEN Forense, 2015.

THEODORO JR, Humberto. *A garantia Fundamental do Devido Processo Legal e o Exercício do Poder de Cautela no Direito Processual Civil*. Revista dos Tribunais | vol. 665/1991 | p. 11 - 22 | Mar / 1991 Doutrinas Essenciais de Processo Civil | vol. 5 | p. 1027 - 1047 | Out / 2011 DTR\1991\38. Disponível em: <https://revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=r1&srguid=i0ad82d9b000001651705a0f63efe3739&docguid=I03902cd0f25011dfab6f010000000000&hitguid=I03902cd0f25011dfab6f010000000000&spos=13&epos=13&td=796&context=40&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1#> Acesso em: 07 de julho de 2018.

THEODORO JR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

THEODORO JR, Humberto.; FARIA, Juliana Cordeiro. *Tutela Coletiva dos Direitos Individuais Homogêneos*. Legitimação Processual das Associações no Direito Brasileiro. Artigo publicado na Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil nº 63 - Nov/Dez de 2014. Disponível em: LEXMAGISTER. <https://www.magisteronline.com.br/mgstrnet/lpext.dll?f=templates&fn=main-hit-j.htm&2.0>. Acesso em: 01 de dezembro de 2017.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas*. São Paulo: Editora Método, 2015.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito de Superfície*. Artigo publicado na Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil nº 05 - Mar/Abr de 2005. Disponível em:

<https://www.magisteronline.com.br/mgstrnet/lpext.dll?f=templates&fn=main-hit-j.htm&2.0>. Acesso em: 01 de março de 2018.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e meios consensuais de solução de conflitos. In: ALMEIDA, Rafael Alves de; Almeida, Tania; CRESPO, Mariana Hernandez [Org.]. *Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV, 2012.

WATANABE, Kazuo. O acesso à justiça e a sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

WATANABE, Kazuo. *Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesse*. Brasília: CNJ, 2011. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/programas/movimento-pela-conciliacao/arquivos/cnj_portal_artigo_%20prof_%20kazuo_politicas_%20publicas.pdf> Acesso em: 28 de março de 2019.

ZANETI JR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Justiça Multiportas: Mediação, Conciliação, Arbitragem, e outros meios de solução adequada de conflitos*. Salvador: Juspodivm, 2016.

ZANETI JR., Hermes. CPC/15: o ministério público como instituição de garantia e as normas fundamentais processuais. *Revista Jurídica Corregedoria Nacional. A atuação das corregedorias do ministério público*. v. 2. Ano 2017.